

Markus Repo

NEUVOTTELUMENETTELYT JULKISISSA HANKINNOISSA

Johtamisen ja talouden tiedekunta

Pro gradu -tutkielma

Huhtikuu 2019

TIIVISTELMÄ

Markus Repo: Neuvottelumenettelyt julkisissa hankinnoissa
Pro gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Julkisoikeus
Huhtikuu 2019

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) päivitti Suomen hankintalainsäädännön vastaamaan Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2014/24/EU. Hankintalainsäädännön kokonaisuudistus keskittyi muun muassa parantamaan hankintayksiköiden hyödynnettävissä olevien hankintamenettelyjen käyttömahdollisuuksia, jotta niitä pystyttäisiin hyödyntämään entistä useammin vaativimmissa ja monimutkaisimmissa hankintakokonaisuuksissa.

Tutkielma keskittyykin tarkastelemaan hankintamenettelyistä neuvottelumenettelyä sekä kilpailullista neuvottelumenettelyä, sillä lain uudistukset painottuivat varsinkin näihin menetelmiin. Tutkielman varsinainen tutkimuskysymys ja -tehtävä onkin selvittää näiden menetelmien käyttöedellytykset sekä se, mitä ongelmia kyseisiin menetelmiin liittyy. Näitä oikeudellisia ongelmia tarkastellaan tutkielmassa kunnallisen hankintatoiminnan kautta. Työn metodina toimii lainoppi eli oikeusdogmatiikka, jonka mukaan tutkimuskysymystä lähdetään tarkastelemaan voimassaolevaa lainsäädäntöä tulkitsemalla sekä systematisoimalla.

Käsittely lähtee liikkeelle perehtymällä julkisiin hankintoihin yleisellä tasolla käymällä läpi hankintalainsäädännön tarkoituksen, tavoitteet sekä julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet. Tämän jälkeen tutkielmassa avataan hankintalainsäädännöstä johdettavat neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset sekä menetelmien olennaisimmat vaiheet. Viimeisessä varsinaisessa käsittelyluvussa neuvottelumenettelyjä tarkastellaan suhteessa hankintalainsäädännön tavoitteita, joista varsinkin julkisten varojen tehokkaan käytön vaatimus korostuu. Myös esimerkiksi julkiset tarpeet ja niiden täyttäminen ovat käsittelyssä läsnä.

Neuvottelumenettelyt ovat profiloituneet monimutkaisissa hankintakokonaisuuksissa hyödynnettävinä hankintamenettelyinä. Tämä siksi, että ne tarjoavat monimutkaisten aiheiden ratkaisuun sidosryhmien kaipaamaa joustoa. Neuvottelumenettelyssä voidaan osapuolten välillä käydä neuvotteluja, joissa esimerkiksi sovitaan tarkemmin hankintasopimuksen sopimusehdoista. Itse neuvottelujen sisällöstä lainsäädäntö ei kuitenkaan säädä, vaan niiden toteutus on hankintayksikön hankintavallan alainen kysymys. Kuitenkaan esimerkiksi hankintailmoituksessa ilmoitetuista vähimmäisvaatimuksista ei ole mahdollista neuvotella.

Neuvottelumenettelyjen käytöstä säädetään lainsäädännössä siten, että EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua vain HankL 34 §:n mukaisissa tilanteissa. Myös kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö on sallittua HankL 36 §:n mukaan silloin, kun 34 §:n mukaiset käyttöedellytykset täyttyvät. Kansallisissa hankinnoissa neuvottelumenettelyjä voidaan hyödyntää silloin, kun hankintayksikkö sen katsoo tarpeelliseksi.

Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten laajentamisen voidaan katsoa olevan lainsäätäjän ratkaisu monimutkaistuviin julkisiin hankintoihin. Menetelmän käytöllä pyritään lisäksi hyödyntämään yksityisen sektorin tarjoamia ominaisuuksia entistä paremmin, joka taas johtaa siihen, että hankintayksiköt hyötyvät kilpailun suomista hyödyistä entisestään. Hankintayksiköt pystyvät myös neuvotteluja hyödyntämällä varmistamaan tarjoajien ehdottamien ratkaisujen soveltumisen omiin julkisiin tarpeisiinsa paremmin kuin esimerkiksi perinteisempinä nähtyjen avoimen ja rajoitetun menetelmän kautta hankintaa toteuttaessaan.

Avainsanat: julkinen hankinta, neuvottelumenettely, kilpailullinen neuvottelumenettely, julkiset varat

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla.

SISÄLLYS

1	Johdanto	1
1.1	Tutkimuksen lähtökohdat.....	1
1.2	Aiemman tutkimuksen tila sekä tutkimuskysymys	3
1.3	Tutkimusmetodi, keskeisimmät rajaukset sekä oikeuslähteet	6
2	Monimutkaiset julkiset hankinnat	11
2.1	Hankintalainsäädännön tausta ja lähtökohdat.....	11
2.2	Julkisten hankintojen sääntelyn tarkoitus ja tavoitteet	17
2.3	Julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista	24
3	Julkisen hankinnan toteuttaminen neuvottelumenettelyjä hyödyntämällä	29
3.1	Yleistä hankintamenettelyistä	29
3.2	Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset.....	32
3.3	Neuvottelumenettelyjen kulku.....	37
3.3.1	Neuvottelumenettely	37
3.3.2	Kilpailullinen neuvottelumenettely	39
3.3.3	Hankintayksikön harkintavallasta.....	41
4	Hankintalainsäädännön problematiikka erityisesti neuvottelumenettelyjen näkökulmasta ..	43
4.1	Julkiset intressit julkisissa hankinnoissa	43
4.1.1	Julkiset tarpeet	43
4.1.2	Julkisen vallan käytöstä	45
4.1.3	Julkisten varojen käytöstä.....	46
4.2	Hankintasääntelyn lähtökohdista	51
4.2.1	Annetun toimivallan periaate ja toissijaisuusperiaate	51
4.2.2	Oikeuslähteiden merkityksestä julkisissa hankinnoissa	52
4.2.3	Lainsäädännön tavoitteet hankintamenettelyissä	56
4.3	Neuvottelumenettelyjen kulkuun liittyvät ongelmat.....	62
4.3.1	Yleistä hankintojen oikeustapauksista.....	62
4.3.2	Hankintojen suunnitteluvaihe ja vuoropuhelun merkitys	64
4.3.3	Hankinnan toteutusvaihe	68
5	Lopuksi.....	77

LÄHTEET

ARTIKKELIT

Burnett, M. (2015). The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24 – What might they mean for PPP? *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10(2), 62-71.

Flynn, A., Davis, P. (2014). Theory in public procurement research. *Journal of Public Procurement*. 14. 139-180.

Halonen, K-M, Sammalmaa, J. Hankintayksikön ja potentiaalisten tarjoajien välinen vuoropuhelu julkista hankintaa valmisteltaessa. *Defensor Legis* 2017/1 s. 34-51.

Holma, A-M, Sammalmaa, J. Julkisen hankintaprosessin alkuvaiheet – hankintatoimen ja toimittajien välinen vuorovaikutus. *Vaasan yliopiston tutkimuksia*, 306.

Jukka, L. Sidosyksikön oikeudellinen asema ja tehokkuus julkisissa hankinnoissa – milloin kilpailuttaminen ei kannata? *Lakimies* 3-4/2018 s. 343-362.

Laaksonen, T. (2008). Suljettu vankila, avolaitos vai valvottu koevapaus: viranomaisen hankintavalta vankisijoittelussa. *Helsinki Law Review*, 2(1), 33-63.

Limante, A. (2016). Recent developments in the acte clair case law of the EU court of justice: Towards a more flexible approach. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 54(6), 1384-1397.

Salminen, A. (2015). Rakenteellinen korruptio. Kartoitus riskitekijöistä ja niiden hallinnasta Suomessa. *Vaasan yliopiston julkaisuja selvityksiä ja raportteja* (203).

Tienhaara, P., Tirronen, A., & Rossi, P. (2016). Kumppanuus tulospäätteisessä hankinnassa - case Härmälä. *Tampere University Press*.

Trybus, M. (2017) *European Union Law and Public Procurement*. Käännös espanjankielisestä artikkelista: “El Derecho de la Unión Europea y la contratación pública” A. Montaña Plata ja J. I. Rincón Córdoba (eds.) *Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas y Prospectivas Administrativo* (Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2017) s. 743-781.

Ukkola, M. (2018). Julkisten hankintojen sisältövaatimuksista valittaminen. *Edilex*. Julkisten hankintojen yhdistyksen ja Itä-Suomen yliopiston julkisia hankintoja koskenut seminaari (2017).

Ukkola, M. (2016). Uusi hankintalainsäädäntö ehkäisee korruptiota. *Työ- ja elinkeinoministeriön artikkeli*.

Ukkola, M. (2013). Julkisten hankintojen EU-lainsäädännön modernisaatio. *Defensor legis: Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja*, 2013/2 s. 259-269.

Ukkola, M. (2012). Neuvottelumenettely dialogina. *Defensor legis: Suomen asianajajaliiton äänenkannattaja*, 2012/2. s. 261-272.

Ukkola, M. (2011). Hankintamenettelyn kriteerit. *Lakimies: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen aikakauskirja*, 109(2), s. 320-340.

Uttam, K., Le Lann Roos, C., (2015). Competitive dialogue procedure for sustainable public procurement. *Journal of Cleaner Production*, 86, s. 403-416. Mark- och vattenteknik, Skolan för arkitektur och samhällsbyggnad (ABE), Hållbar utveckling, miljövetenskap och teknik, KTH.

KIRJALLISUUSLÄHTEET

Arrowsmith, S. (2018). *The law of public and utilities procurement: Volume 2 / regulation in the EU and UK* (Third ed.). London: Sweet & Maxwell / Thomson Reuters.

Burnett, M. (myös Oder, M) (2009) ‘Competitive Dialogue – A Practical Guide’. Maastricht: European Institute of Public Administration.

Edquist, C., Hommen, L., Tsipouri, L., & Tsipouri, L. (Eds.). (2000). *Public technology procurement and innovation* (Vol. 16). Berlin/Heidelberg: Springer Science & Business Media.

Eskola, S., Kiviniemi, E., Krakau, T., & Ruohoniemi, E. (2017). *Julkiset hankinnat* (3., uudistettu painos. ed.). Helsinki: Alma Talent.

Evans, T. (2010). *Professional discretion in welfare services: Beyond Street-level bureaucracy*. Farnham: Ashgate.

Hirvonen, A. (2012). *Oikeuden ja lainkäytön teoria*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta.

Hirvonen, A. (2011) *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Helsinki: Yleisen oikeustieteen julkaisuja. 17.

Karinkanta, P., Kontio, A., Krakau, T., Lahtinen, T. & With, S. (2012). *Yrityksen hankintapopas: Julkiset hankinnat yrityksen näkökulmasta*. Helsinki: CC Lakimiesliiton kustannus.

Karvonen-Kälkäjä, A., Kälkäjä, P., (2009). *Työkirja kilpailullisen neuvottelumenettelyn toteuttamiselle*. Helsinki: Tekes.

Kontio, A. (2017). *Julkiset hankinnat: Käsikirja*. Helsinki: Edita.

Merikoski, V. (1958). *Vapaa harkinta hallinnossa*. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta.

Mäenpää, O. (2017). *Yleinen hallinto-oikeus* (1. painos.). Helsinki: Alma Talent.

Mäenpää, O. (2003). *Hallinto-oikeus* (4. laitos.). Helsinki: Talentum.

Määttä, K., Voutilainen, T. (2017). *Julkisten hankintojen sääntely* (1. painos. ed.). Helsinki: Kauppakamari.

Pekkala, E. (2017). *Hankintojen kilpailuttaminen* (7. uudistettu laitos (8. painos.)). Helsinki: Tietosanoma.

VIRALLISLÄHTEET

Euroopan komission esite. (2017) *Public Procurement for a Circular Economy*. Euroopan unioni.

Euroopan talous- ja sosiaalikomitea. (2012). Lausunto Euroopan parlamentin ja neuvoston ehdotuksesta hankintadirektiiveiksi.

Euroopan unionin virallinen lehti (2012). Alueiden komitean lausunto aiheesta ”Julkisia hankintoja koskeva paketti”. (2012/C 391/09).

Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. (2015). Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 37/2015

Hallituksen esitys (108/2016 vp) eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

HaVL 44/2016 vp: Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2016 vp) hankintamenettelyjä koskevaksi lainsäädännöksi.

KOM (2011) 896, lopull. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista. 2014/24/EU.

KOM (2011) 895, lopull. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen- ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista. 2014/25/EU.

KOM (2011) 15, lopull. Vihreä kirja. EU:n julkisten hankintojen politiikan uudistamisesta Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita.

KOM (2010) 2020 lopull. Eurooppa 2020, Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia.

KOM (2008) 394 lopull. ”Pienet ensin” eurooppalaisia pk-yrityksiä tukeva aloite (Small Business Act).

KOM (1999) 299 lopull. Yhteismarkkinoiden toimintasuunnitelman seuranta vastavuoroisen tunnustamisen osalta.

LiVL 25/2016 vp: Liikenne- ja viestintävaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2016 vp) hankintamenettelyjä koskevaksi lainsäädännöksi.

Neimala, A. & Saariketo, J. (2014) Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 54/2014.

StVL 8/2016 vp: Sosiaali ja terveystieteiden valiokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2016 vp) hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.

TaVM 31/2016 vp: Talousvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2016 vp) hankintamenettelyjä koskevaksi lainsäädännöksi.

Toivanen, M., Wennberg, M. 2015. Kokemuksia sosiaalisten kriteerien käytöstä julkisissa hankinnoissa. Owl Group. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 18/2015.

Valtiovarainministeriön julkaisuja 30/2015. Kuntien tehtävät ja velvoitteet 2015. Täydennysraportti.

World Trade Organization. 2014. Revised Agreement on Government Procurement.

YmVL 20/2016 vp: Ympäristövaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 108/2016 vp) hankintamenettelyjä koskevaksi lainsäädännöksi.

SÄHKÖISET LÄHTEET

Alueuudistus.fi: ”Vimana kilpailuttaa seitsemää IT-asiantuntijapalvelukokonaisuutta. 24.7.2018. https://alueuudistus.fi/artikkeli/-/asset_publisher/vimanan-hankintarengas-kilpailuttaa-seitsemaa-it-asiantuntijapalvelukokonaisuutta Vierailtu 16.4.2019

HILMA – Julkiset hankinnat <https://www.hankintailmoitukset.fi/fi/> Vierailtu 2.4.2019.

Motiva-konserni. <https://www.motiva.fi/> Vierailtu 5.4.2019

Sanomalehti Karjalaisen uutinen ”Professori: Kunnat hakevat hoivapalveluissa yhä vain halvinta hintaa, ja siinä on kyse laiskuudesta”. 24.3.2019. <https://aws.karjalainen.fi/uutiset/uutis-alueet/kotimaa/item/213325>. Vierailtu 1.4.2019.

Suomen Kuntaliitto – Hankinnat.fi <https://www.hankinnat.fi/> Vierailtu 14.1.2019.

Työ- ja elinkeinoministeriö tiedote. 2016. WTO:n julkisten hankintojen sopimus (GPA). <https://tem.fi/documents/1410877/2132242/WTO.pdf/fcf83792-8232-4faf-a808-a4f3beafeb4a/WTO.pdf.pdf> Vierailtu 24.4.2019

Ulkoministeriön uutinen. Maailman kauppajärjestön uudistettu julkisia hankintoja koskeva sopimus tuli voimaan 30.4.2014. https://um.fi/uutiset/-/asset_publisher/GRSnUwaHDPv5/content/maailman-kauppajarjeston-uudistettu-julkisia-hankintoja-koskeva-sopimus-tuli-voimaan?curAsset=0&stId=47307 Vierailtu 9.4.2019

Vimana Oy. <https://www.vimana.fi/> vierailtu 16.4.2019

MUUT LÄHTEET

Helsingin kaupungin hankintastrategia 2011. Helsingin kaupungin hankintakeskus.

Helsingin kaupungin talousarvio 2019 ja taloussuunnitelma 2019-2021. Pormestarin ehdotus. Kaupunginhallitus 11.10.2018

Kilpailu- ja Kuluttajavirasto (KKV). Vuosikirja 2017.

Markkinaoikeus. Vuositolastot 2017 ja 2018.

OIKEUSTAPAUKSET

C-34/03 Fabricom

C-298/15, Borta

KHO:2017:139

MAO:245/18

MAO:460/18

MAO:560/18

MAO:676/18

MAO:98/19

KUVIOT

Kuvio 1. Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa. s. 33

LYHENTEET

erityisalojen hankintalaki	laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016)
ETSK	Euroopan talous- ja sosiaalikomitea
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
GPA-sopimus	Government Procurement Agreement-sopimus
HankL, hankintalaki	laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)
HaVL	hallintovaliokunnan lausunto
HE	hallituksen esitys
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
KuntaL, kuntalaki	Kuntalaki (410/2015)
LiVM	liikenne- ja viestintävaliokunnan mietintö
MAO	markkinaoikeus
PL	Perustuslaki (731/1999)
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
vp.	valtiopäivät
WTO	World Trade Organization (Maailman kauppajärjestö)
YmVL	ympäristövaliokunnan lausunto

1 Johdanto

1.1 Tutkimuksen lähtökohdat

Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö uudistui vuoden 2017 alusta, jolloin laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, jäljempänä hankintalaki) astui voimaan. Lisäksi samaan aikaan astui voimaan myös niin kutsuttu erityisalojen hankintalaki eli laki vesija energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016). Kyseisillä laeilla pantiin täytäntöön Euroopan parlamentin ja neuvoston kolme hankintadirektiiviä (keskeisimpänä hankintadirektiivi 2014/24/EU) sekä kaksi oikeusturvadirektiiviä.¹

Suomen tasolla julkisia varoja käytetään tuotteisiin, palveluihin ja urakoihin vuosittain noin 34 miljardin euron arvosta. Summa vastaa noin 18 prosenttia vuosittaisesta kansallisesta bruttokansantuotteesta. Näin ollen voidaankin perustellusti sanoa, että julkiset hankinnat ovat merkittävä osa Suomen julkista taloutta. Hankintasektorin koko on merkittävä myös Euroopan unionin tasolla, jolla esimerkiksi vuonna 2013 julkisia hankintoja toteutettiin noin 1 786 miljardilla eurolla. Summa vastaa noin 14 prosenttia EU:n vuosittaisesta BKT:sta.² Kansantaloudellisen merkityksen lisäksi hankintasektorin käytännön merkittävyydestä kertoo se, että julkisilla varoilla voidaan hankintojen kautta toteuttaa välillisesti valtion tasolla myös esimerkiksi hallituksen politiikkaa ja strategiaa. Hankintavalinnoilla voidaan edistää esimerkiksi PK-yritysten asemaa taikka ympäristöystävällisten hankintojen toteutumista. Kuitenkin toimintaa rajoittavat rajalliset julkiset varat, jolloin joudutaan tekemään erinäisiä poliittisia valintoja varojen allokoinnin suhteen.

Hankintalainsäädännön kokonaisuudistus toteutettiin muun muassa siksi, että aihepiiri oli hankintayksiköiden, mutta myös markkinoilla toimivien yritysten näkökulmasta koettu hankalaksi ja monimutkaiseksi kokonaisuudeksi. Tämä monimutkaisuus oli konkretisoitunut markkinaoikeuteen saapuvien hankinta-asioiden määrässä, jotka olivat olleet markkinaoikeuden ylivoimaisesti suurin asiaryhmä³. Hankinta-asiat ovat näin lakiuudistuksen jälkeen kuitenkin edelleen markkinaoikeuden merkittävin ja suurin asiaryhmä, joka kertoo siitä, etteivät ongelmat ole

¹ Pekkala et. al. 2017 s. 20

² HE 108/2016 vp s. 5 sekä Trybus 2017 s. 1.

³ Vuonna 2018 hankinta-asioita ratkaistiin markkinaoikeudessa 408 hankinta-asiaa. Yhteensä MAO ratkaisi vuonna 2018 540 asiaa. Ks. tarkemmin MAO vuositilastot 2018.

poistuneet lakiuudistuksen myötä. Myös Kilpailu- ja kuluttajavirasto on huomannut uuden hankintalain suoman toimivallan turvin ongelmia hankintojen toteutuksissa. Ongelmia viraston mukaan esiintyy esimerkiksi julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden noudattamisessa.⁴

Ongelmien yhtenä peruslähtökohtana voidaan pitää sitä, että julkisia hankintoja koskeva sääntely on hyvin yleispiirteistä. Siitäkin huolimatta, että hankintalaki sisältää paikoitellen hyvinkin yksioikoista sääntelyä esimerkiksi kynnysarvojen kohdalla, on suuri osa sääntelystä hyvin yleispiirteistä ja tulkinnalle altista. Näin ollen on väistämätöntä, että esimerkiksi monimutkaisissa hankintakokonaisuuksissa eri osapuolten näkemykset lainmukaisesta tulkinnasta vaihtelevat joissain tapauksissa paljoltikin. Toinen keskeinen seikka liittyen hankintasektorin ongelmallisuuksiin onkin juuri jatkuvasti monimutkaistuvammat hankintakokonaisuudet. Hankintatapauksissa ei kovinkaan usein ole enää kyseessä yksinkertaisten kulutustavaroiden hankinnat yhdeltä toimittajalta, vaan hankintoihin voi liittyä esimerkiksi useita tilaajia sekä toimittajia. Tällöin säädöksiä joudutaan soveltamaan huomattavasti enemmän hankintayksikön toimesta, mikä taas voi olla haastavaa. Lisäksi hankittavat kokonaisuudet vaativat hankintaviranomaisilta huomattavasti enemmän esimerkiksi teknistä osaamista, sillä hankinnoissa voi olla kyse esimerkiksi laajojen tietojärjestelmien hankinnoista⁵. Myös hankintayksiköiden hankittavaan kohteeseen liittyvän teknisen osaamisen puuttuminen voi vaikeuttaa julkisen hankinnan toteutusta ratkaisevissa määrin.

Lainsäätäjä vastasi lainsäädännön tulkinnallisuuteen sekä monimutkaistuvien hankintakokonaisuuksien ongelmallisuuksiin muun muassa hankintayksiköiden käytössä olevan keinovalikoiman parantamisella. Keinovalikoimaan puututtiin esimerkiksi siten, että hankintamenettelyjen käyttöedellytyksiä purettiin. Nämä uudistukset liittyivät varsinkin neuvottelumenettelyihin, jonka vuoksi tutkielma keskittyykin avaamaan juuri menettelyjen ilmentymistä osana julkisten hankintojen kokonaisuutta. Neuvottelumenettelyjen valintaa tutkimukseen perustele myös se, että ne ovat olleet varsin vähän käytetty tapa toteuttaa julkinen hankinta. Kuitenkin niiden käytön voidaan katsoa lakiuudistuksen myötä nousevan lähitulevaisuudessa varsinkin siksi, että ne ovat aiempaa useammin hyödynnettävissä.

⁴ KKV Vuosikirja 2017 < Julkisten hankintojen valvonta

⁵ Pekkala et. al. 2017 s. 203. Julkisella sektorilla on ollut perinteisesti vaikeuksia erinäisten ICT-hankintojen kanssa. Hankittu esimerkiksi päällekkäisiä ja turhia ohjelmistoja.

1.2 Aiemman tutkimuksen tila sekä tutkimuskysymys

Julkiset hankinnat ovat olleet perinteisesti melko vähän tutkittu aihepiiri. Viime vuosina on kuitenkin alettu heräämään hankintasektorin merkittävyyteen sekä sen mahdollisuuksiin vaikuttaa yhteiskunnallisiin asioihin. Näin ollen myös tutkimuksia liittyen julkisiin hankintoihin on alkanut ilmestyä huomattavasti enemmän verrattuna aiempaan tilaan. Tutkimusten lisääntyminen ei kuitenkaan ole vielä näkynyt suurissa määrin esimerkiksi lakiuudistuksen nurkilla julkaistusta asiaan liittyvästä suomenkielisestä oikeuskirjallisuudesta, joka on edelleen hyvin pitkälti vain käsikirjapainotteisesti kirjoitettua⁶.

Suomessa julkisia hankintoja ovat viime vuosina tutkineet esimerkiksi Turun yliopiston TOP-NETS-projektin kautta Anne-Maria Holma sekä Johanna Sammalmaa, jotka korostivat tutkielmassaan hankintaprosessin suunnitteluvaiheen merkitystä⁷. Myös Halonen ja Sammalmaa jatkoivat suunnitteluvaiheen tutkimista keskittymällä varsinkin osapuolten välillä käytävän vuoropuhelun merkityksen tarkasteluun. Heidän mukaansa niin tarjoajaehdokkaat kuin itse hankintayksiköt voivat hyötyä käydystä vuoropuhelusta.⁸

Varsinaisia neuvottelumenettelyjä koskevat tutkielmat jakautuvat nähdäkseni pääsääntöisesti käsittelemään kahta erilaista lähestymistapaa. Ensiksikin neuvottelumenettelyjen tarkastelussa toistuu usein kysymys hankintalainsäädännön joustavuudesta ja sen menettelytapaluonteesta. Esimerkiksi Ukkola on kommentoinut hankintadirektiiveissä ilmeneviä epäjohtamukaisuuksia liittyen itse menettelyn joustavuuden lisäämiseen.⁹ Lisäksi Ukkola on julkaissut asiantuntija- sekä referee-artikkeleita esimerkiksi julkisten hankintojen sisältövaatimuksista valittamisesta sekä hankintapäätöksiin vaikuttavista tarjousten kriteereistä. Näistä ensimmäisessä Ukkola esitti keinoja esimerkiksi sosiaalihuoltoon liittyvien hankintojen laatuun ja sisältöön liittyvien kysymysten ratkaisemiseen¹⁰, kun taas jälkimmäisessä hän korosti esimerkiksi laajentuvan lainsäädännön ja oikeuskäytännön merkitystä hankintaviranomaisen lainsäädännön tulkitsemista helpottavina tekijöinä liittyen esimerkiksi vertailuperusteiden lainmukaiseen asettamiseen¹¹.

⁶ Ks. tutkimusaukosta esimerkiksi Flynn ja Davis 2014. Tarkastelleet julkisiin hankintoihin liittyvien tutkimusten olemusta. Suurin osa tutkimuksista tapaustutkimuksia.

⁷ Holma & Sammalmaa 2018. s. 73

⁸ Halonen & Sammalmaa 2017. s. 50

⁹ Ukkola 2012. s. 270-271

¹⁰ Ukkola 2018. s. 21

¹¹ Ukkola 2011. s. 338-339

Neuvottelumenettelyjen tarkastelussa toistuvat myös erinäiset tapaustutkimukset. Esimerkiksi Uttam ja Le Lann Roos ovat tarkastelleet neuvottelumenettelyjä keinona toteuttaa hankintoja kestäväen kehityksen näkökulmasta. Prosessin aikana käytävällä dialogilla voidaan heidän tulostensa mukaan edistää ympäristöllisten seikkojen huomioonottamista hankintaprosessissa.¹² Burnett taas on tarkastellut kilpailullista neuvottelumenettelyä suhteessa niin kutsuttuun elinkaarimalliin (Public Private Partnership-malli). Hän korostaa kilpailullisen neuvottelumenettelyn arvoa tapauksissa, joissa hankinnassa halutaan lopulta siirtyä elinkaarimalliin.¹³ Neuvottelumenettelyjä on myös tieteellisessä keskustelussa kritisoitu. Esimerkiksi Burnett on nähnyt kilpailullisen neuvottelumenettelyn haasteet sen monimutkaisuudessa. Keskustelua käydäänkin yleisesti myös siitä, missä määrin neuvottelumenettelyjen käyttäminen on tehokasta ja tarpeenmukaista. Suomessa myös Pekkala on nostanut esiin menettelyn negatiivisista seikoista menettelyjen keston sekä kustannukset¹⁴. Burnettin mukaan neuvottelumenettelyissä korostuu myös hankintayksiköiden asiantuntijuuden ja osaamisen määrä, sillä monimutkainen ja monivaiheinen hankintamenettely vaatii enemmän osaamista hankintayksiköiltä¹⁵.

Aiempaan tutkimukseen suhteutettuna tämä tutkielma pyrkii yhdistämään edellä mainitut näkökulmat ja tarkastelemaan niitä suhteessa julkisten hankintojen kokonaisuutta. Näin ollen tutkielmassa yhdistyy hankintalainsäädännön tarkempi perkaaminen neuvottelumenettelyjen osalta, mutta myös erinäiset case-tutkimuksissa havaitut menetelmissä ilmenevät ongelmallisuudet. Varsinainen tutkielman tutkimuskysymys, jonka kautta näkökulmia lähdetään yhdistämään, voidaankin muotoilla seuraavasti:

- **Mitä ovat neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset ja mitä oikeudellisia ongelmia menetelmiin liittyy?**

Ensisijaisena tehtävänä tutkielmalla on listata neuvottelumenettelyjen lainsäädännöstä johdettavat käyttöedellytykset. Näiden edellytysten kautta toteutetaan eräänlaista informointitehtävää työn lukijalle siitä, mitä hankintalainsäädäntö säätää itse menetelmien käytön edellytyksistä. Menetelmiä suhteutetaan kuitenkin myös laajemmin osaksi julkisten hankintojen kokonaisuutta, sillä hankintamenettelyt ovat vain yksi osa julkisten hankintojen toteuttamista. Tutkielmassa neuvottelumenettelyt nähdään uudistuneena apuvälineenä julkisten hankintayksiköiden työkalupakissa, joidenka avulla yksityisen sektorin toimijoista voidaan saada laajemmin hyötyä

¹² Uttam & Le Lann Roos 2015. s. 414

¹³ Burnett 2009 s. 2-3

¹⁴ Pekkala et. Al. 2017 s. 201

¹⁵ Burnett 2009. s. 29-31

irti osatoimintoja ulkoistaessa suhteessa esimerkiksi julkisten varojen tehokkaan käytön vaatimukseen. Lisäksi myös hankintalainsäädännön muita tavoitteita tarkastellaan suhteutettuna neuvottelumenettelyjen tapaan toteuttaa julkinen hankinta.

Käytännössä vastauksia neuvottelumenettelyjen syvemmän olemuksen perkaamiseen saadaan esimerkiksi seuraavilla kysymyksillä: Minkä takia neuvottelumenettelyt on alkujaan luotu sekä millaisiin ongelmiin niillä on pyritty löytämään vastaukset? Miten neuvottelumenettelyt vertautuvat esimerkiksi muihin hankintamenettelyihin? Puuttuuko menettelyistä jotakin, jota voitaisiin esimerkiksi lainsäädännön muutoksilla lisätä? Kannustavatko nykyiset hankintalain säädökset käyttämään menettelyjä vai eivät? Keskeinen rooli neuvottelumenettelyjen tarkastelussa on varsinkin hankintalain 1. luvussa säädetyillä lain tarkoituksella, tavoitteilla sekä hankintatoiminnassa noudatettavilla periaatteilla, sillä niiden kautta neuvottelumenettelyt saadaan kytettyä tarkemmin osaksi julkisten hankintojen sääntelyn tarkoitusta.

Neuvottelumenettelyjen käytännönläheisempään tarkasteluun liittyen tutkielmassa tarkastellaan myös menettelyyn liittyviä oikeudellisia ongelmia. Markkinaoikeuden ratkaisutilastojen myötä on selvää, että julkisten hankintojen toteuttamisessa on jopa merkittäviä ongelmia. Oikeudellisten ongelmien taustalla vaikuttaa muun muassa se, että hankintalain tulkinnanvaraa jättävät säädökset voivat olla yksittäiselle asiaan perehtymättömälle virkamiehelle haastavia. Esimerkiksi neuvottelumenettelyjen kulkua säätelevät pykälät mahdollistavat laajaltikin hankintayksikön oman harkintavallan käytön, jolloin monimutkaisempien hankintakokonaisuuksien kanssa säädösten tulkinnassa ja näin ollen lopulta itse toiminnassa voi ilmetä epäselvyyksiä¹⁶. Tutkielman tavoitteena on avata oikeudellisten ongelmien alkulähteitä lainsäädännön tulkinnallisuuden näkökulmasta ja pyrkiä löytämään näihin ratkaisuehdotuksia lainsäädäntöä kommentoimalla *De lege ferenda* -periaatteen mukaisesti.

Tutkielman tavoitteena voidaankin nähdä tieteellisen lähestymistavan lisäksi eräänlaisen informointitehtävän täyttäminen erityisesti kunnallisille toimijoille liittyen julkisten hankintojen kokonaisuuteen. Tutkielman lukemalla lukijalle tulisiikin muodostua neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten lisäksi kuva siitä, miksi julkisista hankinnoista ylipäätään säädetään oikeusnormeilla ja mihin sillä pyritään. Tämän lisäksi tutkielma pyrkii nostamaan esiin yleisimpiä

¹⁶ On myös muistettava hankintayksiköiden heterogeenisyys. Pieni hankintayksikkö, joka toteuttaa julkisia hankintoja harvoin, ei todennäköisesti omaa samanlaista asiantuntemusta liittyen hankintalainsäädäntöön, kuin esimerkiksi ison kunnan hankintayksikkö.

ongelmakohtia hankintaprosessiin liittyen, jotta lukija pystyisi kiinnittämään näihin jatkossa huomiota.

Tutkielmassa edetään laajemmasta kokonaisuudesta sen sisältä löytyvään tarkemmin rajattuun aihepiiriin. Varsinainen työn rakenne muotoutuu siten, että aluksi käsitellään julkisten hankintojen lainsäädännöllistä kokonaisuutta yleisellä tasolla, jonka jälkeen siirrytään neuvottelumenettelyjen tarkempaan tarkasteluun. Alkuun työssä käydään läpi hankintalainsäädännön tarkoitus, tavoite sekä hankintatoiminnassa noudatettavat periaatteet. Tämän jälkeen tarkastelussa siirrytään neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten ja niiden käytännön etenemisen pariin. Varsinaisessa viimeisessä tutkielman käsittelyluvussa pyritään niputtamaan nämä julkisten hankintojen laajemman kokonaisuuden sekä neuvottelumenettelyjen osat yhteen, jolloin tarkastelussa painottuu esimerkiksi julkisten hankintojen toteuttaminen julkisten varojen tehokkaan käytön näkökulmasta.

1.3 Tutkimusmetodi, keskeisimmät rajaukset sekä oikeuslähteet

Tutkielma on lainopillinen työ, jossa tarkastellaan voimassaolevan oikeuden ilmentymistä Suomen oikeusjärjestelmässä¹⁷. Lainopin perinteisten tehtävien mukaan tutkielman tarkoituksena ja tehtävänä on tulkita ja systematisoida julkisiin hankintoihin sekä neuvottelumenettelyihin liittyviä oikeusnormeja. Näin ollen työssä tutkitaankin sitä, mikä ylipäätään on voimassaolevaa oikeutta ja miten esimerkiksi muista oikeuslähteistä johdettavat tulkinnat suhteutuvat tähän voimassaolevan oikeuden käsitteeseen. Työ selvittää esimerkiksi sitä, millainen vaikutus lakien esitöillä on valmiin lain tulkinnassa hankintatoiminnassa sekä sitä, millaiseen suuntaan tuomioistuinten ratkaisut ohjaavat lainsäätäjän tuottamaa oikeusnormiston tulkintaa. Työn tarkoituksena on lainopillisesta näkökulmasta tulkita ja systematisoida sitä oikeusjärjestyksen kokonaisuutta, joka vaikuttaa julkisiin hankintoihin sekä neuvottelumenettelyihin.¹⁸

Tutkielmassa tehdään myös rajauksia aihepiirin suhteen, jotta käsittelystä saadaan mahdollisimman koherentti kokonaisuus. Ensimmäinen näistä koskee hankintalain soveltamisalaa ja

¹⁷ Lainopin valintaa tutkimuksen metodiksi perustelee varsinkin Määtän ja Voutilaisen toteamus siitä, että hankintalainsäädännössä lain esitöillä ja oikeustapauksilla on korostunut merkitys lain tulkinnassa. Ks. tarkemmin Määttä & Voutilainen 2017. s. 68

¹⁸ Hirvonen 2011 s. 21-22

julkisten hankintojen yleistä käsittelyä koskevaa osiota. Tutkielman ulkopuolelle jätetään tilanteet, joissa julkista hankintaa ei tarvitse kilpailuttaa. Tällöin jää esimerkiksi suoramarkkinointi pääasiassa ulos tutkielmasta. Tämä rajausta siksi, ettei kokonaisuus paisuisi liian laajaksi sekä vaikeaselkoiseksi. Kyseisten tilanteiden käsittely ei myöskään toisi varsinkaan neuvottelumenettelyihin liittyen paljoa lisäarvoa, joten niiden rajausta ulkopuolelle on järkeenkäypää. Kuitenkin erinäiset hankintalain kiertämistapaukset, kuten hankintojen tahallinen pilkkominen, löytyvät oikeudellisia ongelmia käsittelevistä luvuista. Nämä liittyvät siinä määrin oleellisesti hankintasektorilla ilmeneviin oikeudellisiin ongelmiin sekä lainsäädännön tavoitteisiin, että ne kuuluvat tutkielman käsittelemään substanssiin.

Tarkastelu toteutetaan tutkielmassa hankintalain kautta. Näin ollen erityisalojen hankintalaki rajataan tutkielmasta ulos. Erityisalojen hankintalain ulosrajaaminen perustellaan myös sillä, ettei kokonaisuus paisuisi liian laajaksi. Lain käsittelyllä ei myöskään saavutettaisi merkittäviä lisäetuja tutkielman tieteellisestä näkökulmasta. Lisäksi laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista (29.12.2011/1531) jää tutkielman ulkopuolelle, sillä aihepiiri on perinteisiin julkisiin hankintoihin liittyen hyvin erityisluonteinen ja omat tunnuspiirteensä sisältävä.

Hankintalakiin liittyen keskeinen rajausta on myös käyttöoikeussopimusten rajaaminen tutkielman ulkopuolelle. Käyttöoikeussopimusten tarkastelu laajentaisi tutkielmaa huomattavissa määrin, jolloin riski punaisen langan kadottamiselle nousisi huomattavissa määrin. Näen myös, että aihepiirin mukaan ottaminen monimutkaistaisi jo valmiiksi monimutkaista kokonaisuutta liiaksi.

Tutkielmassa tarkastellaan lisäksi myös muuta hankintoihin vaikuttavaa lainsäädäntöä. Esimerkiksi kuntalaki (410/2015) ja hallintolaki (6.6.2003/434) liittyvät tutkielman aiheeseen paikka paikoin hyvinkin keskeisesti, jonka vuoksi ne esiintyvät pitkin tutkielmaa. Lisäksi yksityisoikeudellisesta lainsäädännöstä muun muassa sopimus- ja kilpailuoikeus ovat tutkielmassa läsnä vähintäänkin taustalla. Kokonaan yksityisen sektorin puolella oleva hankintatoiminta jää tutkielmasta kuitenkin pois, sillä sen julkisoikeudellinen ulottuvuus on heikko. Tutkielma myös painottuu kunnalliseen hankintatoimintaan, jolloin valtion tasoinen näkökulma jää taustalle. Tätä rajausta perustellaan varsinkin rajallisen tilan vuoksi.

Koska tarkasteluun on valittu juurikin neuvottelumenettelyjen tapa viedä hankintaprosessi läpi, rajataan muut toteutustavat tutkielmassa pääosin ulkopuolelle. Kuitenkin ne ovat läsnä tutkielmassa välillisesti tai esimerkinluonteisesti. Esimerkiksi neuvottelumenettelyissä ilmenevää oikeudellista ongelmaa voidaan tarkastella siten, että sitä havainnollistetaan toisen menettelyn

näkökulmasta. Muut tavat toteuttaa julkinen hankinta toimivat siis apuvälineinä itse neuvottelumenettelyjen tarkastelussa. Tutkielma sisältää esimerkiksi pienimuotoista vertailua varsinkin muihin yleisesti joustavampina pidettyihin hankintamenetelmiin, joista esimerkiksi innovaatiokumppanuus näkyy tutkielman loppupuolella.

Tutkielman tarkoituksena ei kuitenkaan ole löytää vähiten ongelmallinen taikka esimerkiksi tehokkain tapa toteuttaa monimutkaisena pidetty julkinen hankinta, vaan tarkastelu lähtee aina hankintamenettelyjä käsitellessä neuvottelumenettelyjen olemuksesta. Tällöin suoranainen laajempi vertailu näiden joustavampienkin hankintamenettelyjen välillä voisi viedä tutkielmaa huomattavissa määrin pois raiteilta. Kyseisten menetelmien tarkempi tarkastelu oikeustieteellisestä näkökulmasta olisi myös hankalaa, sillä ne nojaavat nähdäkseni enemmänkin palvelumuotoilun suuntaan. Myöskin aihepiiristä tällä hetkellä käytävä keskustelu on tällä hetkellä melko vähäistä, mikä myös osaltaan puoltaa menettelyjen rajaamista pääosin tutkielman ulkopuolelle. Kuitenkin kyseiset menettelyt voivat olla yksi ratkaisusta jatkuvasti monimutkaistuihin hankintakokonaisuuksiin, jolloin niiden merkitys kasvanee tulevaisuudessa entisestään. Tästä syystä niiden merkitys on syytä muistaa tämänkin tutkielman taustalla.

Pitkin tutkielmaa lukijan on lisäksi syytä pitää mielessä myös se, että kunnallinen hankintatoiminta on kiinteästi sidoksissa esimerkiksi kunnan omiin tavoitteisiin, taloudellisiin tilanteisiin sekä päämääriin. Näistä säädetään kuntien omissa eräänlaista soft-lawn tapaista velvoittavuutta sisältävissä asiakirjoissa¹⁹ (esimerkiksi kunnan hankintastrategia) ja ne ovatkin keskeisessä roolissa hankintatoiminnassa. Tutkielman kuitenkin keskittyessä oikeustieteelliseen näkökulmaan, ei niiden varsinaista sisältöä avata työssä kovinkaan syvällisesti. Kuitenkin ne ovat kiistämättä osa julkisten hankintojen monimutkaisuutta ja toteutusta, jonka vuoksi ne ovat läsnä tarkastelussa tutkielman loppupuolella.

Tärkeimpänä lähteenä julkisiin hankintoihin keskittyvässä tutkimuksessa on luonnollisesti laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016). Muita lakeja, jotka tutkielmassa toistuvat ovat erityisesti kuntalaki (410/2015) sekä viranomaisten toimintaa ohjaava hallintolaki (6.6.2003/434). Tämän lisäksi myös kyseisten lakien esityöt toimivat tulkintaa ohjaavina lähteinä. Lakien esitöistä esiin nousee varsinkin hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp). Ylikansallisista lähteistä taas kes-

¹⁹ Soft-law vertauksella tarkoitetaan tässä kohti sitä, etteivät asiakirjat ole oikeudellisesti sitovia, vaan niistä voidaan tarpeen tullen poiketa. Kuitenkin niiden ohjausvaikutus kunnallisten hankintayksiköiden toimintaan on suuri.

keisimpänä toimii Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU, jolla uudistettiin hankintasäätelyä Euroopan unionin tasolla. Myös direktiivin esitöiksi luettavat komission ehdotukset hankintadirektiiviksi toimivat käsittelyn tukena. Tärkeimpänä näistä KOM (2011) 896, lopull. Direktiivin merkitys korostuu pitkin tutkielmaa, kun sitä peilataan kansalliseen hankintalainsäädäntöön.

Myös aihepiiriin liittyvät Euroopan unionin tuomioistuimen, korkeimman hallinto-oikeuden sekä markkinaoikeuden ratkaisut ovat läsnä tutkimuksessa, sillä ne ensinnäkin konkretisoivat hankintalainsäätelyn ongelmakohdat, mutta toimivat samalla myös prejudikaattiluonteisesti oikeusnormiston tulkinnan apuna. Vanhemmissa oikeustapauksissa tutkielma ottaa huomioon vanhentuneen hankintasäätelyn ja hyödyntää niitä mahdollisuuksien mukaan. Jos oikeustapaukset ovat olennaisilta osin vanhentuneet, jätetään ne varsinkin julkisia hankintoja yleisesti käsittelevien osioiden kohdalla ulos. Neuvottelumenettelyihin liittyvät oikeustapaukset ovat kuitenkin vähäisimpiä, jolloin kynnys niiden täydelle tutkielmasta ulossulkemiselle on korkeampi. Tällöin tapauksia hyödynnetään siten, että niiden vanhentuneet kohdat tai perustelut pyritään nostamaan esiin ja sovittamaan tapaukset uuden hankintalain raamien alle. Esimerkiksi lain tulkinnalle olennaisia suoraan neuvottelumenettelyihin liittyviä KHO:n ratkaisuja on viime vuosilta vain kourallinen, eivätkä niistä suurin osa ole uuden hankintalain aikaisia. Tällöin niiden täydellinen poissulkeminen ei ole järkevää, sillä ne pitävät edelleen sisällään merkityksellistä korkeimman hallinto-oikeuden lain tulkintaa. Tällaista ei vielä uuden hankintalain ajalta ole olemassa.

Lakien, niiden esitöiden sekä oikeustapausten lisäksi muita keskeisiä lähteitä ovat aiheeseen liittyvä oikeuskirjallisuus sekä erinäiset oikeustieteelliset artikkelit. Teoksista ensimmäisenä nousee esiin Elise Pekkalan et. al. julkaisema teos *Hankintojen kilpailuttaminen* (2017), joka pitää sisällään laajalti hankintalainsäätelyn kommentaaria aina lakiuudistuksen keskeisistä muutoksista tarkkojen säädösten tarkasteluun ja tulkintaan. Lisäksi toinen keskeinen teos on Kalle Määtän ja Tomi Voutilaisen vuonna 2017 julkaisema teos *Julkisten hankintojen sääntely*. Teos pitää sisällään hankintalainsäädännön kommentaaria läpi koko hankintaprosessin. Määttä ja Voutilainen käsittelevät teoksessaan myös lainsäädännön erinäisiä tulkintakysymyksiä, joista esimerkiksi hankintatoiminnan suhde julkisten varojen käyttöön nousee esiin. Siitäkin huolimatta, että teokset ovat kommentaariteosmaisia (jonka vuoksi ne pitävät sisällään pääosassa hankintalainsäädännön yleisluonteista kommentointia mihinkään tiettyyn tarkasti rajattuun osa-alueeseen kiinnittymättä), ne kuitenkin sisältävät riittävästi lainsäädännön tulkintaa,

jotta niistä on hyötyä esimerkiksi tämän tutkielman teossa. Teokset toimivatkin tämän tutkielman eräänlaisina runkoteoksina, ja niiden sisältämään lainsäädännön tulkintaan ja informaatioon tukeudutaankin pitkin tätä Pro Gradu -tutkielmaa.

2 Monimutkaiset julkiset hankinnat

2.1 Hankintalainsäädännön tausta ja lähtökohdat

Jotta tutkielmassa voidaan edetä sen pääaiheen eli neuvottelumenettelyjen oikeudellisten ongelmien avaamiseen, perehdytään ensiksi itse julkisten hankintojen kokonaisuuteen. Tämä on perusteltua siksi, että neuvottelumenettelyt ovat lopulta vain yksi menettelytapa toteuttaa julkinen hankinta muiden joukossa. Menettelyt liittyvät myös olennaisesti itse julkisten hankintojen kokonaisuuteen, joka myös perustelee aihepiirin avaamista neuvottelumenettelyihin keskittyvässä tutkielmassa. Tässä luvussa avataankin julkisten hankintojen perusteita sekä aihepiiriin liittyvää lainsäädäntöä sen taustoineen ja tarkoituksineen. Luvun tarkoituksena on perustella myös se, miksi julkisista hankinnoista on perusteltua käyttää adjektiivia *monimutkainen*²⁰.

Luvun rakenne pyrkii noudattelemaan hankintalain (1397/2016) 1 luvun jäsentelyä ja rakennetta. Tämä siksi, että lukijalle muodostuu johdonmukainen kuva siitä, mistä julkisista hankinnoista on lopulta oikeustieteellisestä näkökulmasta kyse. Käsittely rakentuu siten, että aluksi tarkastellaan EU-oikeudellista lainsäädäntöä sen taustoineen, jonka jälkeen siirrytään kansallisen hankintalainsäädännön pariin.

Euroopan tasolla julkisia hankintoja on säädelty vuodesta 1971 asti. Sääntelyllä on alusta lähtien tavoiteltu Euroopan unionin sisämarkkinoiden kilpailukykyyn parantamista.²¹ Itse sääntely on kehittynyt vuosien aikana siten, että säädökset ovat alkujaan pitäneet sisällä lähinnä hankintaviranomaisille negatiivisia velvoitteita luovia määräyksiä. Nykyisin sääntelyyn on kuitenkin ilmestynyt myös aktiivisesti velvoittavaa sääntelyä. Negatiiviset vaikutukset tarkoittavat tässä yhteydessä sitä, että alkujaan sääntelyllä kiellettiin esimerkiksi erinäiset eriarvoisuutta luovat

²⁰ Monimutkaisuuden termiä käytetään tutkielmassa julkisten hankintojen yhteydessä kuvaamaan tilannetta, jossa oikeudellisia vaikutteita hankintayksikön toimintaan tulee useista lähteistä ja eri tasoilta. Osa vaikutteista on selkeitä ja osa taas tulkinnanvaraisia. Vaikutteet ovat myös painoarvoltaan erilaisia ja näin ollen niiden velvoittavuus hankintaviranomaisen toimintaan vaihtelee. Toki myös vaikutteiden keskinäinen suhde voi olla aiheeseen perehtymättömälle henkilölle epäselvä. Oikeustieteiden puolella tällainen monimutkaisuus voidaan kytkeä osaksi esimerkiksi oikeuslähteoppia ja erinäisten oikeuslähteiden velvoittavuuden asteeseen. Ks. oikeuslähteiden merkityksestä hankintasektorissa tutkielman 4.2.2.

²¹ Pekkala et. al. 2017 s. 24

tullirajoitukset. Vastaavasti taas hankintayksiköihin aktiivisesti vaikuttavat määräykset velvoittavat hankintayksiköt tietynlaisiin toimiin, jotta toiminta on hankintalainsäädännön mukaista.²²

Nykyisin eurooppaoikeudellisesti keskeisimmät oikeuslähteet liittyen julkisiin hankintoihin ovat Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU (jäljempänä hankintadirektiivi) sekä aihepiiriin liittyvä Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuksista johdettava oikeuskäytäntö (jäljempänä EUT)²³. EUT:n oikeuskäytännöstä on muodostunut merkittävä palanen hankintalainsäädännön tulkintaan liittyen siksi, että tuomioistuimen ratkaisuksista rakennettavilla ennakkopäätössäännöillä on merkittävä vaikutus itse hankintadirektiivin tulkinnassa²⁴. Vaikka julkisiin hankintoihin vaikuttava sääntely tulee lähtökohtaisesti eurooppaoikeudellista lähteistä vain silloin, kun EU-kynnysarvo ylittyy, voi EUT:n ratkaisuksista johdettavan oikeuskäytännön mukaan eurooppaoikeudelliset aspektit näkyä myös EU-raja-arvot alittavissa tapauksissa. Eurooppaoikeuden ja varsinkin sen keskeisten periaatteiden soveltaminen kansallisiin julkisiin hankintoihin voikin tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, kun tapaukseen liittyy jäsenvaltioiden rajat ylittävä intressi.²⁵ Lisäksi EUT:n ennakkoratkaisujen tulisi vaikuttaa myös yleisellä tasolla kansallisiin käytänteisiin myös julkisten hankintojen piirissä.

Suomessa julkisia hankintoja keskeisimmin säätelevä laki on laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016), jolla hankintadirektiivi saatettiin voimaan. Lisäksi on olemassa niin kutsuttu erityisalojen hankintalaki (laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista, 1398/2017) sekä laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista (29.12.2011/1531). Tutkielmassa käsitteily tapahtuu pääosin hankintalain (1397/2016) kautta, sillä varsinkin erityisalojen hankintalaki muistuttaa keskeisiltä osiltaan hankintalakia²⁶. Lisäksi julkisiin hankintoihin liittyvää lainsäädäntöä löytyy kuitenkin myös muiden lakien puolelta. Näistä esimerkiksi kuntalain (410/2015) 8 § säättää kunnan lakisääteisten palveluiden järjestämisvastuusta, jolloin se vaikuttaa hankintayksiköiden toimintaan vähintään välillisesti siten, että kunnat joutuvat hankkimaan lakisääteiset palvelut silloin, kun eivät niitä itse halua tuottaa.

²² Ukkola 2012 s. 261 - 262 Defensor Legis N:o 2/2012.

²³ Lisäksi muun muassa niin kutsuttu erityisalojen hankintadirektiivi

²⁴ Määttä & Voutilainen 2017 s. 90

²⁵ Määttä & Voutilainen 2017 s. 42

²⁶ HE 108/2016 s. 6

Ylikansallinen sääntely on vaikuttanut keskeisesti Suomen hankintalainsäädäntöön. Näin ollen onkin aluksi syytä tarkastella eurooppaoikeudellisten oikeuslähteiden taustaa. Julkiset hankinnat kytkeytyvät Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä SEUT-sopimus) 3 artiklan 3 kohtaan, jossa säädetään unionin yksinomaisesta toimintavallasta sisämarkkinoiden toimintaa koskevien kilpailusäännösten vahvistamisessa²⁷. Tämä on viime kädessä se artikla, jonka mukaan EU:lla on legitiimi oikeus määrätä jäsenvaltioiden julkisten hankintojen lainsäädännöstä. Tämä tosin toissijaisesti, sillä aihe ei varsinaisesti kuulu EU:n yksinomaiseen toimivaltaan²⁸. Myös Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (jäljempänä SEU-sopimus) 3 artiklan voidaan nähdäkseni katsoa liittyvän hankintasektoriin, sillä kyseinen kohta perustaa EU:n alueelle sisämarkkinat ja jo siinä asetetaan omat tavoitteet ja arvot, joita sisämarkkinoiden toiminnassa ajetaan. SEU-sopimuksen 3 artiklassa säädetään esimerkiksi tasapainoisen talouskasvun, hintavakauden ja täystyöllisyyteen liittyvistä tavoitteista. Myös myöhemmin muissa yhteyksissä paljon esillä olevat ympäristöystävällisyys ja ympäristön laadun parantaminen mainitaan jo kyseisessä artiklassa.

Yksityiskohtaisempi tarkastelu osoittaa, että EU- primäärioikeudellisista oikeuslähteistä on johdettavissa muitakin julkisiin hankintoihin liittyviä määräyksiä. Nämäkään määräykset eivät säädä aihepiiristä suoraan, vaan niiden vaikutus julkisten hankintojen lainsäädäntöön on välillinen.²⁹ Kuitenkin säädökset ovat jo huomattavasti konkreettisempia verrattuna esimerkiksi SEU-sopimuksen ja SEUT-sopimuksen yleisen tason säädöksiin.

EU:n primäärioikeuden määräyksistä keskeisimmät julkisiin hankintoihin liittyvät määräykset ovat SEUT-sopimuksen puolella säädettävät tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskeva säännös sekä myös sijoittautumisvapautta koskevat säännökset. Nämä primäärioikeudellisista lähteistä johdettavat periaatteet löytyvät SEUT-sopimuksen 34, 49 ja 56 artikloista.³⁰ Näistä ensimmäinen säättää jäsenvaltioiden välisten määrällisten rajoitusten kieltämisestä siten, että jäsenvaltioiden väliset tuonnin määrälliset rajoitukset ja kaikki vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet ovat kiellettyjä. SEUT-sopimuksen 49 artikla taas säättää jäsenvaltioiden kansalaisten sijoittautumisvapaudesta minkä tahansa jäsenvaltion alueelle, mutta samalla myös heidän tasapuolisista oikeuksistaan perustaa esimerkiksi erinäisiä liikeyrityksiä jäsenvaltioihin.

²⁷ Määttä & Voutilainen 2017 s. 43

²⁸ KOM (2011) 896 lopullinen. s. 6.

²⁹ Nenonen 2014 s. 27

³⁰ Nenonen 2014. s. 27

SEUT-sopimuksen 56 artikla liittyy edellisiin, sillä se kieltää erinäiset rajoitukset liittyen jäsenvaltion kansalaisen mahdollisuuteen tarjota palveluita toisen jäsenvaltion alueella.³¹

Kyseiset artikkelit kuvaavat erityisen hyvin sen, mistä unionin julkisia hankintoja koskevassa sääntelyssä on pohjimmiltaan kyse. Määräyksissä korostuukin ennen kaikkea tavoitteet unionin sisämarkkinoiden tehostamisessa ja kilpailukyvyyn parantamisessa, joihin on pyritty esimerkiksi poistamalla erinäisiä jäsenmaiden välisiä rajoitteita kaupankäyntiin liittyen. Näihin tehostamisen ja kilpailukyvyyn parantamisen tavoitteisiin voidaan päästä huomattavasti helpommin silloin, kun jäsenvaltioita ja niiden kansalaisia kohdellaan tasa-arvoisesti ja syrjimättä, sillä se turvaa ja ylipäättään mahdollistaa rajojen yli tapahtuvaa kilpailua.

Koska SEU ja SEUT ovat hyvin abstrakteja asiakirjoja julkisten hankintojen näkökulmasta, on komission ja parlamentin toimesta nähty tarvetta aihepiirin tarkemmalle säätelylle. Hankintadirektiivi jalostaakin primäärioikeudellisista asiakirjoista välittyvää SEU- ja SEUT-sopimusten perimmäistä tarkoitusta edelleen eteenpäin ja asettaa tämän tarkoituksen julkisten hankintojen raamien ja ilmiön sisään.³² Hankintadirektiivin yhteys EU:n primäärioikeudellisiin oikeuslähteisiin on lisäksi selkeä. Tämä käy ilmi siitä, että direktiivi alkaa seuraavalla suoralla viittauksella SEUT-sopimukseen:

”Jäsenvaltioiden viranomaisten tehdessä hankintasopimuksia tai tehtäessä tällaisia sopimuksia niiden puolesta on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita. — ”³³.

Myös vanha hankintadirektiivi piti sisällään vastaavanlaisen viittauksen. Tämän viittauksen on tulkittu vanhan direktiivin aikana kytkeneen julkisten hankintojen oikeuden säännöt ensisijaisesti osaksi sisämarkkinaoikeuden primäärioikeuden oikeusnormistoa. Viittauksella siis kytetään julkiset hankinnat kiinteäksi osaksi unionin sisämarkkinoita. Ukkolan mukaan viittaus on

³¹ SEUT 34, 49 ja 59 artikkelit. Vertaa artikloita esimerkiksi HankL 3 §:ssä säädettyihin tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteisiin.

³² Ks. myös *vastavuoroisen tunnustamisen periaatteesta* Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 764/2008 ja KOM (1999) 299 lopull. s. 1-3. Kyseinen periaate ollut myös keskeinen tekijä jäsenvaltioiden välisen kaupan edistämiseksi.

³³ Hankintadirektiivi 2014/24/EU s. 65

myös siinä määrin keskeinen, että SEUT-sopimuksen keskeisten määräysten mukaan ottaminen hankintadirektiiviin korostaa jäsenvaltioiden roolia toiminnassa syntyvien esteiden käsittelyssä. Ukkola nostaakin tällaisista esteistä esiin muun muassa kansallisen tuotannon tietoisesta suosimisesta, korruption taikka muunlaisen lainvastaisen toiminnan kautta toteutetut rikkeet, kuten esimerkiksi yhden tietyn tuottajan perusteeton suosiminen.³⁴ Koska viittaus on uudessa hankintadirektiivissä kutakuinkin samanlainen kuin vanhassa direktiivissä, voidaan katsoa myös uuden hankintadirektiivin sisältämän viittauksen korostavan jäsenvaltioiden merkitystä sekä roolia erinäisten ongelmatilanteiden selvittämisessä.

Hankintadirektiivin esitöistä esiin nousevat Euroopan parlamentin ja neuvoston ehdotus uudeksi hankintadirektiiviksi, Euroopan talous- ja sosiaalikomitean sekä alueiden komitean lausunnot. Näistä ensimmäinen piti sisällään kuvauksen hankintadirektiivin taustasta ja siitä, miten ollaan ajautettu tilanteeseen, jossa uudistaminen on tarpeellista. Ensimmäiseksi ehdotuksessa huomio kohdistettiin hankintasääntelyn historiaan. Ehdotuksen mukaan nyt jo vanhentuneet hankintadirektiivit ovat pystyneet saavuttamaan siinä asetetut tavoitteet, joita olivat esimerkiksi läpinäkyvyyden parantuminen sekä kilpailun lisääntyminen. Vaikka tilanne on parantunut vanhan hankintadirektiivin aikana jo huomattavissa määrin, kuitenkin erinäiset sidosryhmät vaativat lain uudistamista entisestään.³⁵

Ehdotuksessa nostettiin esiin komission vuonna 2011 julkaisema vihreä kirja (KOM (2011) 15, lopullinen) ”Kohti tehokkaampia eurooppalaisia hankintamarkkinoita”. Tämä vihreä kirja piti sisällään ensimmäisiä selvityksiä siitä, miksi ja miten hankintalainsäädäntöä tulisi uudistaa. Kirjassa erinäiset julkisiin hankintoihin liittyvät intressiryhmät pääsivät vastaamaan kysymyksiin liittyen esimerkiksi siihen, pitäisikö hankintalainsäädännön olla joustavampaa ja miten tämä tulisi tarkemmin toteuttaa. Näiden kysymysten vastaukset taas olivat suurena apuna itse komission hankintadirektiiviehdotuksen muodostamisessa.

Sidosryhmät halusivat muutoksia liittyen sääntelyn yksinkertaistamiseksi. Tällä voitaisiin vaikuttaa varsinkin hankintatoiminnan tehokkuuden ja tuloksellisuuden nousuun. Myös hankintayksiköiden keinovalikoimaan otettiin kantaa ja esimerkiksi neuvottelumenettelyjen ja itse neuvottelujen käymiseen haluttiin helpotuksia, sillä niiden käyttöä säätelevät pykälät koettiin perusteettoman tiukoiksi.³⁶ Lisäksi sidosryhmät halusivat hankintadirektiivistä paremmin aikaa kestävästä yhteiskunnasta, jossa poliittinen, yhteiskunnallinen ja taloudellinen tilanne voi

³⁴ Ukkola 2012. s. 262.

³⁵ KOM (2011) 896 s. 9-10

³⁶ Ks. tarkemmin KOM (2011) 15 lopull. s. 14-16

muuttua hyvinkin nopeassa tahdissa. Sidosryhmät perustelivat muutosehdotuksia sillä, että sääntelyn selkeyttäminen ja tehostaminen lisääisivät hankintaprosessien joustoa ja näin ollen ne hyödyttäisivät kaikkia talouden eri toimijoita. Lainsäätely muuttuisi toiminnan rajoittajasta entistä enemmän toiminnan mahdollistajan suuntaan. Hankintayksiköt voisivat muutosten myötä myös ottaa huomioon hankinnoissa entistä paremmin myös erinäiset yhteiskunnalliset tavoitteet. Uudistusten myötä lisäksi PK-yritysten mahdollisuus osallistua hankintaprosesseihin parani.³⁷

Euroopan talous- ja sosiaalikomitean (jäljempänä ETSK) lausunto uudesta hankintadirektiivin ehdotuksesta noudatteli hyvin pitkälti jo aiemmin mainittuja suuntaviivoja direktiivi uudistuksen tarpeellisuudesta. ETSK piti positiivisena seikkana esimerkiksi hankintadirektiiviehdotuksessa innovatiivisten, sosiaalisten ja ympäristöön liittyvien näkökulmien korostamista. Komitean mielestä kuitenkin pelkästään alimman hinnan mukaan tehtävistä hankinnoista tulisi siirtyä entistä enemmän kohti kokonaistaloudellisesta edukkuutta, jolloin sosiaaliset tekijät alkavat painaa enemmän hankintapäätöksiä tehdessä.³⁸

Päinvastoin kuin aiemmat elimet, alueiden komitea kommentoi direktiiviehdotusta huomattavan negatiivisesti. Komitean mukaan ehdotuksessa ei oltu onnistututtu yksinkertaistamistavoitteessa, vaan päinvastoin uudet ehdotukset monimutkaistivat sääntelyä entisestään. Uusista säännöksistä koituisikin komitean mukaan hallinnollisia lisärasitteita, joita ei aiemmin ollut ilmennyt. Esimerkiksi yksinkertaisesta sopimuksesta EU:lle annettiin WTO:n Government Procurement Agreement (jäljempänä GPA-sopimus), joka on komitean mielestä onnistunut yksinkertaisten ja tehokkaiden säädösten laatimisessa. Hallinnolliset lisärasitteet tuntuvat etenkin pk-yritysten toiminnassa, minkä vuoksi lainsäädännön uudistukset eivät tulisi saavuttamaan kaivattua joustavuutta pk-yritysten näkökulmasta. Ylipäätään komitea katsoi, että hankintadirektiiviehdotus on liian tarkasti säännelty ja se loukkaa näin ollen myös toissijaisuusperiaatetta.³⁹ Komitean kommentit ehdotuksesta ovat erityisen merkittäviä sen takia, että niistä käy ilmi hankintadirektiivin heikot kohdat. Muiden elinten hyväksyessä ehdotuksen lähes kritiikittä tai parannusehdotuksia esittämättä, on alueiden komitean lausunto tärkeä asiakirja, joka osoittaa myös uuden hankintadirektiivin epätäydellisyyden ja monimutkaisuuden näkökulmasta riippuen.

³⁷ KOM (2011) 896 s. 3

³⁸ Euroopan talous- ja sosiaalikomitea 2012 s. 85

³⁹ Alueiden komitea 2012. S. 50-51

2.2 Julkisten hankintojen sääntelyn tarkoitus ja tavoitteet

Julkisiin hankintoihin liittyvän sääntelyn alkuperäisenä tarkoituksena on ollut Euroopan unionin tasolla sisämarkkinoiden tehokkaan toiminnan varmistaminen sekä julkisten varojen käytön tehostaminen. Nykyisin kuitenkin sääntelyllä pyritään saavuttamaan myös muita tavoitteita. Kehitys juontaa juurensa siitä, että hankintasektorin on huomattu pystyvän vaikuttamaan myös esimerkiksi muun muassa ympäristönsuojelullisiin ja sosiaalisiin näkökulmiin.⁴⁰ Näin ollen lainsäädäntöön on tullut mukaan niin kutsuttuja horisontaalisia tavoitteita. Arrowsmith käytti termiä kuvaamaan sitä, että uudet lainsäädännön tavoitteet ovat tasa-arvoisia jo aiemmin listattujen tavoitteiden kanssa, eikä mikään tavoite nouse toisen yli toista tärkeämmäksi.⁴¹ Seuraavassa tarkastellaankin voimassaolevan oikeuden asettamia tavoitteita. Liikkeelle lähdetään EU:sta, jonka jälkeen keskitytään kansallisiin tavoitteisiin.

Nyt jo vanhentuneiden hankintadirektiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY tavoitteina oli aikaan avointen ja syrjimättömien menettelyjen edistäminen, joilla pyrittiin edistämään niin yksityisen kuin julkisen sektorin taloutta hyödyntämällä kilpailusta koituvia etuja täysivaltaisemmin. Kilpailusta johtuvia etuja saavutettaisiin vanhan direktiivin mukaan esimerkiksi hankintatoimintaan liittyvien perusoikeuksien toteutumisen parantamisella. Hankintadirektiivin 2014/24/EU mukaan tavoitteet saavutettiin ja esimerkiksi hankintatoiminnan läpinäkyvyys on parantunut sekä kilpailu lisääntynyt. Samalla myös kustannukset ovat laskeneet.⁴²

Nyt kuitenkin uuden hankintadirektiivin tarkoitus ja tavoitteet kytkeytyvät suurilta osin osaksi komission 3.3.2010 julkaistuun tiedonantoon: Eurooppa 2020, Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia (jäljempänä Eurooppa 2020 –strategia). Yhteys käy ilmi jo direktiivin johdanto-osion 2. kohdan suorasta viittauksesta strategiaan, jossa tunnustetaan julkisten hankintojen olennainen merkitys osana Eurooppa 2020-strategian tavoitteiden saavuttamisessa⁴³. Koska hankintadirektiivissä esiteltävät tavoitteet ovat suurilta osin peräisin kyseisestä strategiasta, on perusteltua tarkastella myös strategiaa tarkemmin.

⁴⁰ Pekkala et. al. 2017 s. 52-53

⁴¹ Arrowsmith 2018. s. 693-694. Lisäksi Pekkala pohtinut sitä, voiko esimerkiksi ympäristö- ja sosiaalisten näkökohtien huomioiminen hankinnoissa johtaa tarjouskilpailun syrjimättömyyden ja avoimuuden vaarantumiseen. Pekkala et. al. 2017. s. 53-56

⁴² KOM (2011) 895 lopullinen s. 3

⁴³ Ks. tarkemmin hankintadirektiivi 2014/24/EU s. 65

Strategian julkistamisen aikana elettiin vuoden 2008 finanssikriisin puhkeamisen jälkeistä aikaa, jolloin sen aikainen Euroopan komission puheenjohtaja José Manuel Barroso otti kantaa finanssikriisistä selviämiseen seuraavin sanoin:

”Jotta tulevaisuus olisi kestävä, meidän on jo katsottava pidemmälle. Eurooppa on saatava takaisin raiteilleen. Ja raiteilla on pysyttävä. Siihen Eurooppa 2020 -strategialla pyritään. On kyse työpaikkojen lisäämisestä ja paremmasta elämästä. Strategia osoittaa, että Eurooppa pystyy luomaan älykäästä, kestävästä ja osallistavaa kasvua, löytämään väylän uusien työpaikkojen syntymiseen ja näyttämään suuntaa yhteiskunnillemme.”⁴⁴

Barrosen kommentti tiivistää nähdäkseni hyvin sen, mihin strategialla tähdätään. Eurooppa 2020 -strategian tavoitteena onkin ollut muodostaa Euroopalle yhteinen strategia, jolla se voi ensiksikin selviytyä finanssikriisistä, mutta samalla menestyä myös tulevaisuudessa ja pysyä vähintään nykyisellä paikallaan maailman markkinoilla. Kriisi oli osoittanut unionin rakenteelliset ongelmat, joita strategia pyrki paikkaamaan tavoitteenaan, ettei vastaavaan tilanteeseen enää jouduttaisi.⁴⁵

Komission tiedonannossa esitettiin kolme erilaista prioriteettia, joihin panostamalla Euroopan valtiot tulisivat selviämään myös jatkossa eteen tulevista haasteista. Näitä ovat älykkääseen, kestäväan ja osallistavaan kasvuun panostaminen. Prioriteetit pyrkivät vastaamaan esimerkiksi väistämättä Euroopassa eteen tuleviin haasteisiin, jotka liittyvät esimerkiksi ikäluokkien vanhenemiseen sekä ilmastonmuutokseen liittyviin kysymyksiin. Mainitut prioriteetit taas pitävät sisällään pienemmiksi kokonaisuuksiksi leikattuja yleistavoitteita, joita ovat esimerkiksi sisämarkkinoihin liittyvät työllisyyden parantamisen sekä pk-yritysten aseman parantamisen tavoitteet.⁴⁶ Eurooppa 2020 -strategian mukaiset talouden tavoitteet ja prioriteetit kytkeytyvät luonnollisesti hankintadirektiiviin, sillä merkittävä osuus Euroopan unionin bruttokansantuotteesta on sidoksissa julkisiin hankintoihin.

Hankintadirektiivissä otettiin huomioon myös Maailman kauppajärjestön (World Trade Organization) julkisia hankintoja koskeva sopimus ja sen asettamat tavoitteet hankintatoiminnan tehostamiselle. Direktiivi onkin Eurooppa 2020 -strategian lisäksi myös tämän GPA-sopimuksen säännösten mukainen.

⁴⁴ KOM (2010) 2020 lopull. Eurooppa 2020 –strategia. s. 2

⁴⁵ KOM (2010) 2020 lopull. Eurooppa 2020 –strategia. s. 7

⁴⁶ KOM (2010) 2020 lopull. Eurooppa 2020 –strategia. s. 10

GPA-sopimus perustuu yleisesti kolmelle periaatteelle, joita julkisissa hankinnoissa tulisi noudattaa. Näitä periaatteita ovat syrjinnän estäminen, läpinäkyvyys ja prosessin oikeudenmukaisuus⁴⁷. Tarkempia säädöksiä sopimus pitää sisällään muun muassa kilpailuttamisvelvoitteesta, kilpailuissa hyödynnettävistä menettelytavoista, hankintaprosesseissa käytettävistä määrärajoista sekä lisäksi hankinnan kohteisiin liittyvistä määrittelytavoista⁴⁸. Sopimuksesta on keskeistä huomata myös se, että siihen on liittynyt valtioita myös EU:n ulkopuolelta. Näin ollen GPA-sopimuksen säädökset avaavat esimerkiksi yhdysvaltalaisille yrityksille mahdollisuudet osallistua esimerkiksi Suomen kuntien hankintayksiköiden raja-arvot ylittäviin hankintailmoituksiin. Suomi on ollut mukana sopimuksessa vuodesta 1979 lähtien eli sen solmimisesta lähtien. Sopimus ei ole kuitenkaan aivan alkuperäisessä muodossaan, vaan sitä päivitettiin vastaamaan paremmin nykypäivän tarpeita 6.4.2014 voimaan tulleella uudistetulla sopimuksella.⁴⁹

Vaikka keskeiset suuntaviivat hankintadirektiivien tavoitteille ja tarkoitukselle ovat hyvin pitkälti kytköksissä Eurooppa 2020 – strategian luomiin visioihin, GPA-sopimukseen sekä abstraktimmalla tasolla vielä edelleen SEUT-sopimuksen mukaisiin määräyksiin, löytyy hankintadirektiivistä listattuna myös lisäksi viisi yleistä konkreettista tavoitetta, joihin uudella säätelyllä pyritään.⁵⁰ Näitä ovat hankintamenettelyn yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen, ympäristöllisten- ja sosiaalisten näkökohtien entistä parempi huomioon ottaminen, PK-yritysten aseman parantaminen, asianmukaisen menettelyn varmistaminen sekä viimeisenä julkisten hankintojen valvonnan ja hallinnoinnin tehostaminen sekä johdonmukaistaminen.⁵¹

Hankintamenettelyn yksinkertaistaminen ja joustavoittaminen aloitettiin direktiivissä hankintojen soveltamisalan täsmentämisellä. Tähän sisältyi esimerkiksi hankintatoimintaan keskeisesti liittyvien käsitteiden määrittely, joista esimerkiksi julkisoikeudellisen laitoksen määrittely on ollut haastavaa ja näin ollen se on tuottanut ongelmia käytännössä. Määrittelyissä otettiin huomioon myös EUT:n oikeuskäytäntö, jolloin hankintalainsäädännön tulkintaan pyrittiin saamaan mukaan myös johdonmukaisuutta sulauttamalla oikeuskäytäntöä mukaan itse lakiin ja poistamalla näiden välisiä ristiriitaisuuksia. Lisäksi yksinkertaistamista tavoiteltiin poistamalla

⁴⁷ GPA-sopimus s. 6-7

⁴⁸ HE 108/2016 vp s. 11. Katso tarkemmin säädöksistä GPA-sopimus ja esimerkiksi tarjoajien ulossulkuperusteista s. 12-13

⁴⁹ UM.fi > Ajankohtaista > Uutiset > *Maailman kauppajärjestön uudistettu julkisia hankintoja koskeva sopimus tuli voimaan.* 30.4.2014.

⁵⁰ Kyseiset tavoitteet listattiin jo komission hankintadirektiiveiksi koskevissa ehdotuksissa, joista ne siirtyivät edelleen itse direktiiviin. Ks. KOM (2011) 895-897 lopullinen s. 8-14.

⁵¹ Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. 2015. s. 23

hankintojen jako A- ja B-tason palveluihin, hankintamenettelyjen ja erinäisten keinovalikoimien tarkemmalla avaamisella sekä keskushallinnon ulkopuolisten hankintayksiköiden velvoittavien säännösten keventämisellä⁵². Hankintalainsäädäntöä haluttiin myös modernisoida esimerkiksi ohjaamalla jäsenvaltioita siirtymään sähköisiin hankintakanaviin, joiden kautta esimerkiksi erinäisten asiakirjoihin liittyvien virheiden korjaaminen olisi huomattavasti yksinkertaisempaa.⁵³

Direktiivin toinen tavoite, ympäristöllisten ja sosiaalisten tekijöiden parempi huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa perustuu parempien edellytysten luomiseen. Hankintayksiköille annettiin direktiivin myötä paremmat mahdollisuudet ottaa hankintapäätöstä tehdessään paremmin huomioon esimerkiksi juurikin ympäristöön liittyvät seikat. Hankintayksiköt voivatkin painottaa tuottajan valinnassa esimerkiksi elinkaarikustannuksia, vaatia tuottajilta erinäisiä merkkejä tai sertifikaatteja liittyen hankittavaan tuotteeseen, palveluun tai rakennusurakkaan taikka panostaa esimerkiksi innovatiivisen luonteen merkitystä hankinnassa.⁵⁴ Ennen riskinä on periaatteessa voinut olla, että esimerkiksi jonkin tietyn sertifikaatin vaatiminen toimittajalta on katsottu tasavertaisen taikka syrjimättömän kohtelun periaatteiden vastaisiksi.

Tavoite ja tarkoitus PK-yritysten aseman parantamiseen liittyi taas niissä piilevän potentiaalin laajempaan hyödyntämiseen. PK-yrityksiin panostamalla on katsottu voivan luoda työtä, kasvua sekä innovaatioita Euroopan unionin sisämarkkinoiden alueella. PK-yritysten osallistumismahdollisuuksien parantamisella julkisiin hankintoihin nähtiin yhtenä keinona maksimoida potentiaali, joka kyseisiin yrityksiin liittyy. Direktiiviehdotuksessa ehdotettiin poistettavaksi erinäisiä esteitä, jotka PK-yrityksiä useimmiten estivät osallistumasta hankintamenettelyihin. Tällaisista esteistä esimerkiksi osallistumisoikeuden rajoittamiseen liittyviä ehtoja kevennettiin lainsäädännön puolelta. Tarjouskilpailuun osallistumisen ehtoina on esimerkiksi voinut olla tietyn tasoinen vuotuinen liikevaihdon vaatimus, joka rajaa jo suuren osan varsinkin pienen kokoluokan yrityksistä ulos kilpailutuksesta jo alkuvaiheessa.⁵⁵

⁵² Itse hankintamenettelyjen joustavuuden lisäämisestä oli tullut toiveita sidosryhmien puolelta ja he toivoivatkin esimerkiksi sitä, että varsinkin neuvottelumenettelyn käyttämisen tulisi olla helpompaa varsinkin laajuudeltaan pienempien sopimusten yhteydessä (KOM (2011) 15 lopull.) s. 15-16

⁵³ KOM (2011) 896, lopull. s. 9-10

⁵⁴ KOM (2011) 896, lopull. s. 10-11

⁵⁵ KOM (2011) 896, lopull. s. 11-12. Katso HankL 83 § ja HankL 85 §. Esimerkiksi hankintayksikön tarjoajille osoitettujen taloudellisten vaatimusten tulee olla suhteellisesti asetettuja ja vain perustellusta syystä vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus voi olla korkeampi.

Asianmukaiset menettelyt ja hallintoon liittyvät ehdotukset tarrautuivat sääntöjenvastaiseen toimintaan, kuten eturistiriitojen, perusteettoman suosinnan ja korruption kitkemiseen. Ehdotuksen mukaan lainvastainen toiminta voi johtaa huomattaviin kilpailutilanteen vääristymiin ja näin ollen myös Euroopan unionin oikeuden peruseriaatteiden rikkomiseen. Lainvastaiseen toimintaan puututtiin ehdotuksessa säätämällä esimerkiksi 22 artikla, jossa hankintamenettelyn osallistujilta vaadittiin antamaan valahtoinen vakuus siitä, etteivät he ole esimerkiksi pyrkineet vääristämään kilpailua omien toimiensa kautta.⁵⁶ Hallinnon puolella taas yhtenä tavoitteena on ollut perustaa jäsenvaltioille riippumattomat kansalliset valvontaelimet, joiden tarkoituksena olisi valvoa hankintoja koskevan lainsäädännön toteutumista. Tässä taustalla on se havainto, että jäsenvaltioiden julkisten hankintojen valvontakeinot ja -elimet eivät ole toimineet kansallisesti johdonmukaisesti, saati Euroopan unionin vähimmäisvaatimusten mukaan. Direktiiviehdotuksen mukaan hankintaviranomaiset voitaisiinkin velvoittaa toimittamaan hankintasopimus ja sen liitteet tälle elimelle, jolloin valvonta onnistuu. Kuitenkin vain kohtuuttoman suuret sopimukset kuuluvat tähän ryhmään, jotta vältetään kohtuuton hallinnollinen rasite.⁵⁷ Suomessa Kilpailu- ja kuluttajavirasto sai tämän tehtävän hoitaakseen.

Kansallisessa säätelyssä ilmaistut hankintalain tavoitteet noudattelevat hyvin pitkälti hankintadirektiivin sekä SEUT-sopimuksen asettamia suuntaviivoja⁵⁸. Keskeisenä tavoitteena myös kansallisella tasolla onkin ollut lainsäädännön selkeyttäminen sekä joustavoittaminen⁵⁹. Kuitenkin HE 108/2016 vp korosti nykytilan arvioinnissaan, että hankintalainsäädännön uudistamiselle on myös kansallisia tarpeita. Tämä johtuu hallituksen esityksen mukaan siitä, että lainsäädännön soveltamistilanteet ovat monimutkaistuneet, hankintatoiminta itsessään on laajentunut sekä oikeuskäytännön merkitys tulkintaa ohjaavana tekijänä on kasvanut.⁶⁰ Hankintadirektiivissä ei esimerkiksi ole luonnollisista syistä otettu huomioon Suomen korkeimman hallinto-oikeuden, saati markkinaoikeuden ratkaisuja, jotka pitävät kansallisella tasolla sisällään huomattavan suuren osan hankintalainsäädännön tulkintaa.

⁵⁶ KOM (2011) 896, lopull. s. 12 sekä KOM (2011) 896, lopull. s. 56. Tällainen valahtoinen ilmoitus ei komission ehdotuksen mukaisena päätynt lopulta kansalliseen hankintalakiin. Valahtoisia ilmoituksia voidaan kuitenkin hyödyntää esimerkiksi HankL 84 §:n mukaisissa selvityksissä tarjoajaehdokkaan oikeudesta harjoittaa ammatti- tai elinkeinotoimintaa.

⁵⁷ KOM (2011) 896 s. 12-13

⁵⁸ Ks. Esim HE 108/2016 vp s. 70 ja SEUT-sopimuksen artiklat 34, 49 ja 56 vapaasta sijoittautumisvapaudesta ja tavarain ja palvelujen vapaasta liikkumisesta

⁵⁹ Pekkala et. al. 2017 s. 27

⁶⁰ HE 108/2016 vp s. 14

Hankintalain tavoitteet löytyvät lain 2 §:stä. Pykälä on jaettu kolmeen momenttiin, joista ensimmäinen pitää sisällään eräänlaiset hankintatoiminnalle asetetut suorat tavoitteet. Näitä ovat kyseisen momentin mukaan:

”- julkisten varojen tehokkaampi käyttäminen, laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen tekeminen sekä yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisten osallistumismahdollisuuksien turvaaminen tarjouskilpailuihin”.

Tarkemmin määriteltynä julkisten varojen tehokkaamman käytön tavoitteella pyritään hankintojen laadun nostamiseen sekä kilpailunedistämiseen kansallisella tasolla. Hankintayksiköt saavat kilpailua hyödyntämällä esimerkiksi hankinnan kohteelleen edullisemman hinnan taikka tehokkaimman hinta-laatusuhteen.⁶¹ Julkisten varojen tehokkaamman käyttämisen tavoitteen taustalla voidaan nähdä myös esimerkiksi finanssikriisin vaikutukset ja edelleen kuntien paikoitellen vaikeatkin taloudelliset tilanteet.

Momenttiin on lakiuudistuksessa lisätty myös uutta. Tätä uutta säädöspuolta edustaa innovatiivisten hankintojen korostaminen⁶². Innovaatioilla tarkoitetaan hallituksen esityksessä hankintaa, joka toteutetaan uudella tavalla uutta tietoa taikka uudenlaista osaamista hyödyntämällä. Lisäksi innovaationäkökulma pitää sisällään myös innovaatiomyönteisyyteen johtavat hankinnat, joissa hankintayksikkö eräällä tapaa kannustaa markkinoiden toimijoita innovaatioiden hyödyntämiseen.⁶³

HankL 2.2 §:n mukaiset tavoitteet keskittyvät enemmän hankintayksikön toiminnan järjestämiseen. Myös HankL 2.1 §:n muut tavoitteet aukenevat nähdäkseni parhaiten 2. momentin kautta, sillä niissä käsitellään samoja aihepiirejä, joskin konkreettisemmin. Esimerkiksi laadun ja kestävien hankintojen tavoitteet näkyvät 2. momentin ympäristö- ja sosiaalisten näkökulmien huomioimisessa. Kyseinen momentti kuuluu seuraavasti:

”Hankintayksiköiden on pyrittävä järjestämään hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyväksi käyttäen ja ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat huomioon ottaen. Hankintatoimintaan liittyvien hallinnollisten tehtävien

⁶¹ HE 108/2016 vp s. 70

⁶² HE 108/2016 vp s. 70

⁶³ HE 108/2016 vp s. 70

vähentämiseksi hankintayksiköt voivat käyttää puitejärjestelyjä sekä tehdä yhteishankintoja tai hyödyntää muita yhteistyömahdollisuuksia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.”

Huomattava nimenomaan hankintalain momentista on kuitenkin se, ettei se ole velvoittavaa lainsäädäntöä, vaan lähinnä suosituksenomainen määräys, jonka mukaan hankintayksiköiden tulisi ottaa huomioon määrätyt seikat ja muuttujat. Momentti liittyy HE 108/2016 vp mukaan kuitenkin suoraan hankintadirektiivin 18 artiklan 2 kohtaan, jossa säädetään jäsenvaltioiden *velvollisuudesta toteuttaa aiheellisia toimenpiteitä*, jotta voidaan varmistaa esimerkiksi hankintoihin liittyvien ympäristöllisten ja sosiaalisten velvoitteiden toteutuminen.⁶⁴ Näitä aiheellisia toimenpiteitä voidaan johtaa esimerkiksi muusta kansallisesta lainsäädännöstä.⁶⁵ Sosiaali- ja terveystalouden hankinnoissa nämä voivat näkyä muun muassa siten, että hankintayksikkö velvoitetaan ottamaan huomioon esimerkiksi esteettömyyteen, kohtuuhintaisuuteen, saatavuuteen ja kattavuuteen liittyviä tekijöitä. Näin ollen esimerkiksi vaikeavammaiselle henkilölle on järjestettävä kohtuulliset kuljetuspalvelut saattajineen, sillä laissa vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista ja sen 8 §:ssä asiasta säädetään.⁶⁶ Momentissa toki säädetään vielä esimerkiksi puitejärjestelyjen käyttämisestä hankintatoiminnassa hallinnollisten rasitteiden vähentämiseksi, mutta erinäisiin puitejärjestelyihin ei tässä työssä perehdytä tämän tarkemmin.

HankL 2.3 § korostaa vielä hankintakokonaisuuksien tarkoituksenmukaisuutta sekä pk-yritysten ja muiden yhteisöjen osallistumismahdollisuuksien parantamista liittyen tarjouskilpailuihin. Myös tämä momentti on hankintayksiköiden näkökulmasta suositusluonteinen, eikä sekään velvoita suoraan hankintayksiköjä tiettyihin toimenpiteisiin. Säännös sisältää kuitenkin yhden hankintadirektiivin keskeisimmistä tavoitteista, eli pk-yritysten aseman parantamisen. Vaikka säännös ei olekaan velvoittava, ohjaa se hankintayksiköitä silti ottamaan myös nämä pienet ja keskisuuret yritykset huomioon ratkoessaan hankintakokonaisuuteen tai hankintamenettelyn valintaan liittyviä ongelmia näiden yritysten näkökulmasta.⁶⁷ Hankintayksikkö voi esimerkiksi pohtia sitä, onko heidän tarkoituksenmukaista toteuttaa suunniteltava hankinta kokonaan yhden toimittajan kautta vai olisiko esimerkiksi kokonaistaloudellisesti edullisinta pilkkoa hankintakohde siten, että myös pienet ja keskisuuret yritykset pystyisivät sen toteuttamaan. Hankintojen pilkkominen ei kuitenkaan saa olla HankL 31 §:n mukaan keinotekoista, jotta

⁶⁴ HE 108/2016 vp. s. 71

⁶⁵ Määttä & Voutilainen 2017. s. 77.

⁶⁶ Ks. tarkemmin velvoittavista toimista hankintadirektiivi 18 artikla 2 kohta ja HE 108/2016 vp s. 71

⁶⁷ HE 108/2016 vp s. 73

HankL mukaiset säännökset voidaan välttää. HankL 2.3 § säättää lisäksi myös kansalliset kyn-nysarvot alittavista hankinnoista siten, että myös niissä on huolehdittava hankinnan kokoon ja laajuuteen suhteutettuna avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatteiden riittävä toteutuminen.

2.3 Julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista

Hankintalain 3 §:ssä säädetään julkisissa hankinnoissa noudatettavista periaatteista. Kyseiset periaatteet ovat keskeinen osa julkisiin hankintoihin liittyvää lainsäädäntöä, sillä periaatteiden tulee olla hankintaviranomaisten koko toiminnan taustalla aina heidän toteuttaessaan julkisiin hankintoihin liittyviä toimia. Määttä ja Voutilainen puhuvatkin periaatteiden kohdalla koko hankintamenettelyn läpileikkaavista hankintayksikön toimintaan liittyvistä vaatimuksista sekä velvollisuuksista⁶⁸.

Vastoin kuin esimerkiksi HankL 2 §:n säädökset, joiden mukaan hankintayksiköitä *kannuste-taan* toimimaan jonkin tietyn tavoitteen mukaisesti, HankL 3 §:n mukaiset periaatteet ovat *vel-loittavia*. Periaatteet voivat olla kuitenkin näkökulmasta riippuen hyvin tulkinnanvaraisia, jol-loin ne voivat monimutkaistaa hankintaprosessin läpiviemistä entisestään. Niiden riittävä to-teutuminen onkin yleinen kysymys markkinaoikeuden hankinta-asioiden ratkaisuisa⁶⁹. Näin ollen niiden tarkastelulle tutkielmassakin on paikkansa niiden monimutkaisen luonteensa vuoksi.

Uuden hankintalain periaatteet ovat lähtöisin hankintadirektiivistä, jonka 18 artikla säättää niistä. Periaatteet esiintyvät kuitenkin hankintadirektiivissä usein myös muissa artikloissa vä-lillisesti. Esimerkiksi direktiivissä otetaan kantaa hankintatoiminnan modernisoitumiseen si-ten, että sähköisten menetelmien kehittyessä pitää huolehtia myös siitä, ettei periaatteiden mu-kaan toimiminen vaarannu itse toiminnassa⁷⁰. Sähköisten menetelmien tulee pystyä täyttämään

⁶⁸ Määttä & Voutilainen 2017. s. 112

⁶⁹ Ks. MAO Vuositolastot 2017 sekä ratkaistujen tapausten markkinaoikeuden perustelut, joissa periaatteet tois-tuvat usein.

⁷⁰ Hankintadirektiivi 2014/24/EU. Kohta 68. s. 76

esimerkiksi tasavertaisen kohtelun periaate aivan samalla vaatimustasolla, kuin ennen esimerkiksi kansallisen HILMA-järjestelmän kehittämistä⁷¹. Periaatteiden yleinen esiintyvyys säädöstehtävissä kertoo kuitenkin nähdäkseni ennen kaikkea niiden merkittävydestä hankintalainsäädännössä.

Palataan takaisin kansallisen lainsäädännön pariin. Hankintalain 3.1 §:ssa säädetään periaatteista seuraavasti:

”Hankintayksikön on kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia ja muita toimittajia tasapuolisesti ja syrjimättömästi sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen.”

Periaatteiksi voidaan laskea siis tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus sekä avoimuuden ja suhteellisesti oikein mitoitettun toiminnan periaatteet. Lisäksi HankL 3.2 §:ssä säädetään hankintayksikön organisaatioon kuuluvan tarjoajaehdokkaan tasavertaisuudesta suhteessa muihin ehdokkaisiin, jolloin julkisissa hankinnoissa ei voida suosia omaan organisaation sidoksissa olevan tarjoajan tarjousta muiden kustannuksella.

Hankintadirektiivit perustuvat jo itsessään tasapuolisen (direktiivissä yhdenvertaisen kohtelun periaate) kohtelun periaatteelle. Periaatteesta onkin käytetty nimitystä hankintatoiminnan eräänlaisena peruspilarina.⁷² Hankintaprosessiin liittyviä toimittajia taikka tarjoajaehdokkaita ei voida periaatteen mukaan missään tapauksessa kohdella perusteettomasti eri tavoin. Näin ollen esimerkiksi EU-kynnysarvot ylittävässä hankinnassa muista maista lähtöisin olevia toimittajia ei voida perusteettomasti diskriminoida. Myöskään päinvastoin kotimaisia toimittajia ei voida perusteettomasti suosia muiden kustannuksella. Kansalliselle tasolle periaate taipuu esimerkin mukaan taas siten, etteivät hankintaviranomaiset voi suosia oman kunnan alueella toimivia toimittajia ilman pätevää perustetta. Periaate kuulostaa luettuna yksinkertaiselta, mutta varsinkin monimutkaistuvien hankintakokonaisuuksien kanssa sen noudattaminen voi olla haastavaa. Käytännössä ongelmia periaatteen kanssa onkin ollut esimerkiksi liittyen hankinnan kohteen määrittelyyn sekä tarjoukselle taikka tarjoajalle asetettavien vaatimusten kanssa⁷³.

MAO:460/18 tapauksessa valittaja oli ollut tyytymätön hankintayksikön hankintapäätökseen, joka oli perustunut halvimman hinnan kriteerille. Valittajan mukaan hinnan

⁷¹ Ks. tarkemmin Hilma.fi ja esimerkkejä julkaistuista hankintailmoituksista.

⁷² Pekkala et. al. 2017 s. 41

⁷³ Pekkala et. al. 2017 s. 47

määrittely ei kuitenkaan ole ollut mahdollista, kun hankinnan tarkkoja määriä ei oltu tarjoajille ilmoitettu. Näin ollen hankintayksikön hankintailmoitus on ollut tarjoajan mukaan olennaisilta tiedoilta puutteellinen. Markkinaoikeuden ratkaisun mukaan hankintayksiköllä on kuitenkin harkintavaltaa suhteessa siihen, millä tasolla se määrittelee hankintapäätökseen vaikuttavat kriteerit ja vaatimukset hankittavalle tuotteelle. Näin ollen hankintailmoitus on ollut riittävä. Ratkaisun mukaan ehdokkaat ovat tienneet tarjouspyynnön perusteella riittävän tarkasti sen, miten tarjoajan ehdottama hinta tulee määrittää. Valittajan mukaan tapauksessa on myös rikottu tasapuolisen toiminnan periaatetta, sillä ainoa tarjoaja, joka on tiennyt tarkat määrät, on ollut organisaatio, joka on aiemmin vastannut saman hankinnan toteuttamisesta. MAO ei nähnyt rikettä tasapuolisen kohtelun periaatteen suhteen siksi, että kyseinen hankinta oli organisaatorakenteen muuttuessa kyseisen hankintayksikön ensimmäinen. Tähän organisaatiomuutokseen liittyen myös itse hankittava palvelu on muuttunut sen verran, ettei valittu tarjoaja ole hyötynyt aiemmasta tiedosta muihin nähden.⁷⁴

Hankintatoiminnan tulee avoimen toiminnan periaatteen mukaan olla tarpeeksi läpinäkyvää ja itse hankintayksikön toiminnan ennakoitavaa. Lisäksi hankintayksiköiden tulee huolehtia asianmukaisesta tiedotuksesta tarjoajille. Tiedotuksen ja informaation rooli korostuu avoimen toiminnan vaatimuksessa sen takia, että tarjoajaehdokkaiden tiedot esimerkiksi hankintayksikön hankinnan olemukseen liittyen ovat vain hankintayksikön tuottamien asiakirjojen varassa. Näin ollen esimerkiksi hankintapäätökseen vaikuttavista vertailuperusteista on tiedotettava jo etukäteen riittävän tarkasti. Hankintatoiminnan avoimuus onkin avainroolissa syrjimättömän ja tasapuolisen toiminnan periaatteiden mukaisesti toimimiseen.⁷⁵ Hankintayksikön tulee myös huolehtia siitä, että esimerkiksi neuvottelumenettelyjen erinäisistä vaiheista tiedotetaan tarjoajaehdokkaille riittävän tarkasti, jotta nämä pystyvät menetelmään valmistautumaan oikealla tavalla. Myös esimerkiksi erinäisissä määräajoissa pysymiseen tulee hankintayksikön kiinnittää huomiota.

HE 108/2016 vp mukaan suhteellisuusperiaate tarkoittaa sitä, että ”hankintamenettelyssä asetetut vaatimukset ja kriteerit ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa”. Näin ollen tarjoajille ja toimittajille osoitetut soveltuvuusehdot eivät voi olla suhteettoman suuria ottaen huomioon itse hankinnan kokoluokan tai yleisen luonteen. Periaatteen mukaan myös

⁷⁴ MAO:460/18

⁷⁵ Pekkala et. al. 2017 s. 46

itse tarjouspyynnön sisällön sekä valitun hankintamenettelyn tulisi ottaa huomioon hankintojen arvo sekä luonne.⁷⁶ Periaate perustuukin sille ajatukselle, että jokainen hankintaprosessin aikana esitetty ehto taikka vaatimus sulkee potentiaalisia toimittajia ulos julkisen hankinnan toteutuksesta.⁷⁷ Näin ollen myös suhteellisen toiminnan vaatimus kytkeytyy osaksi syrjimättömän ja tasapuolisen kohtelun periaatetta.

Julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet voidaan nähdäkseni katsoa näkökulmasta riippuen joko toimintaa rajoittavina periaatteina taikka hankintaviranomaisten tulkintaa ohjaavina apuvälineinä. Periaatteet luonnollisesti asettavat hankintaviranomaisten toiminnalle omia vähittäistason vaatimuksia, jolloin niiden toimintaa rajaava luonne nousee esiin. Myös hankintadirektiivissä puhuttiin esimerkiksi riittävän avoimen toiminnan kohdalla erinäisistä velvoitteista, joilla voidaan varmistaa periaatteen toteutuvuus käytännössä⁷⁸. Samaan aikaan ne kuitenkin auttavat hankintaviranomaisia tekemään oikeudenmukaisia ja lainmukaisia ratkaisuja hankintatoiminnassa. Periaatteiden merkitys konkretisoituukin parhaiten itse hankintaprosesseissa, joiden onnistuneeseen läpivientiin löytyy harvoin suora vastaus hankintalaista. Tämä johtuu siitä, että hankintamenettelyissä tulee vastaan lukuisia toisistaan eroavia tulkintatilanteita, jolloin jokaiseen mahdolliseen seikkaan tai tilanteeseen ei ole mahdollista luoda säätelystä. Tarkan sääntelyn puuttuessa HankL 3 §:n periaatteiden mukaan toimimisella voidaankin eräällä tapaa pyrkiä toimimaan lainsäätäjän tahdon mukaisesti, jos vain on toimittu muiden menettelysäädösten mukaisesti. Luonnollisesti monimutkaisissa tilanteissa periaatteiden mukaan toimiminen voi olla haastavaa senkin vuoksi, että erilaiset näkökulmat aiheeseen voivat johtaa erilaisiin tulkintoihin esimerkiksi siitä, onko tasapuolisen kohtelun periaatetta huomioitu riittäväällä tasolla.

Periaatteet ovat myös kytköksissä hallintolain (6.6.2003/434) 2 luvussa säädettyihin hyvän hallinnon perusteisiin. Näiden periaatteiden voidaan jossain määrin katsoa olevan osiltaan päällekkäisiä HankL 3 §:ssä mainittujen kanssa julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden kanssa. Hallintolain 6 §:n oikeusperiaatteiden mukaan:

”Viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien

⁷⁶ HE 108/2016 vp s. 73

⁷⁷ Pekkala et. al. 2017 s. 48

⁷⁸ Hankintadirektiivi 2014/24/EU. Kohta 90. Esimerkiksi hankintayksiköt voidaan velvoittaa julkaisemaan käyttämänsä mittarit ja niiden pisteytykset muille hankintailmoituksen toimittaneille toimijoille.

on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.”

Määtä ja Voutilaisen mukaan hallinnon oikeusperiaatteet heijastuvat julkisiin hankintoihin siten, että myös HankL ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa tulee noudattaa kilpailuttamisvelvollisuutta kilpailuttamalla hankinta hallintolain tasapuolisen kohtelun periaatteen mukaan. Näin ollen esimerkiksi pienhankinnoissa ei kilpailuttamisvelvollisuutta voida täysin unohtaa.⁷⁹

⁷⁹ Määtä & Voutilainen 2017. s. 113

3 Julkisen hankinnan toteuttaminen neuvottelumenettelyjä hyödyntämällä

3.1 Yleistä hankintamenettelyistä

Hankintalain (1397/2016) 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten, kuin kyseisessä laissa säädetään. Julkisesta hankinnasta puhuttaessa tarkoitetaan hankintalainsäädännössä palvelua, tavaraa tai rakennusurakkaa, jonka julkinen hankintayksikkö on hankkinut itselleen käyttämällä hankintayksikön valitsemaa hankintamenettelyä⁸⁰. Hankintaprosessi joudutaan käynnistämään silloin, kun hankintojen kokonaisarvo ylittää laissa säädetyt kynnysarvot. Nämä arvot löytyvät HankL 25 §:stä sekä 26 §:stä⁸¹. Raja-arvot ovat merkittäviä myös siinä mielessä, ettei arvot alittaviin hankintoihin lähtökohtaisesti sovelleta hankintalainsäädäntöä. Niihin voidaan kuitenkin soveltaa hankintayksiköiden omia kilpailuttamisohjeita. Toiminta näihin pienhankintoihin liittyen ei saa olla myöskään HankL 3 §:n mukaisten periaatteiden vastaista.

Itse hankintaprosessin tavoitteena voidaan pitää hankintasopimuksen solmimista, joka on yksityisoikeudellinen sopimus kahden itsenäisen oikeushenkilön välillä. Sopimuksen tunnusomaisina piirteinä on välittömän taloudellisen intressin esiintyminen sekä itse hankintaan liittyvä vastikkeellisuus. Kuitenkin sopimus, jossa esimerkiksi palvelua tai tuotetta tarjotaan ilman taloudellista vastiketta voi myös olla hankintasopimus, jos sitä tarjotaan jotakin vastasuoritusta vastaan. Kuitenkin hankintaa, jossa ei ole minkäänlaista selkeää vastikkeellisuutta havaittavissa, ei yleensä voida pitää julkisena hankintana. Tällöin kyseessä voi olla esimerkiksi jonkinlainen lahjoitus tai lahja. Lopullinen luokittelu riippuu kuitenkin jokaisen tilanteen kokonaisvaltaisesta arvioinnista.⁸²

⁸⁰ Pekkala et. al. 2017. s. 19. Ks. myös Kontio et. al. 2017. s. 56-57 julkisen hankinnan käsitteestä. Hankinta voi olla esimerkiksi vuokraamista, osamaksukauppa, leasingkauppa taikka optiosopimus.

⁸¹ Esimerkiksi kansallisen tason kynnysarvo tavara-, ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailussa on 60 000 euroa ilman arvonlisäveroa. Rakennusurakoissa raja taas on 150 000 euroa ilman arvonlisäveroa. Kansallisten kynnysarvojen lisäksi on olemassa myös EU-kynnysarvot, joidenka ylittyessä kilpailutus täytyy järjestää Euroopan unionin tasolla. EU-kynnysarvo ilman arvonlisäveroa tavara- ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailuissa on joko 134 000 euroa taikka 207 000 euroa. Rakennusurakoissa kynnysarvo on 5 186 000 euroa ilman arvonlisäveroa. EU-kynnysarvo tavara- ja palveluhankinnoissa sekä suunnittelukilpailussa on valtion keskuhallintoon kuuluvilla hankintayksiköillä matalampi kuin muilla.

⁸² Määttä & Voutilainen 2017. s. 22-23

Julkiset hankinnat eroavat esimerkiksi yksityisellä puolella tehdyistä hankinnoista siten, että julkisissa hankinnoissa hankkijana ovat HankL 5 §:n mukaiset hankintayksiköt. Kyseisen säädöksen mukaan hankintayksikköjä ovat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, evankelisluterilainen sekä ortodoksinen kirkko seurakuntineen ja muine viranomaisineen, valtion liikelaitokset, julkisoikeudelliset laitokset sekä mikä tahansa yksikkö silloin, kun yli puolet hankinnan kokonaiskustannuksista kattaa jokin edellä mainituista. Näistä viimeisimmistä esimerkkeinä hankintayksiköistä voivat olla esimerkiksi yhdistykset taikka säätiöt⁸³.

Keskeisenä kysymyksenä julkisten hankintojen hankintakokonaisuudessa on hankintayksiköillä pohdittavanaan se, minkä menettelytavan he valitsevat itse hankinnan toteutukseen. Ennen itse hankintailmoituksen koostamista hankintayksikkö voikin toteuttaa markkinakartoituksen, josta säädetään HankL 65 §:ssä. Julkisten hankintojen suunnitteluvaiheeseen voikin kuulua myös markkinoiden sekä kilpailuolosuhteiden tarkastelu hankintayksiköiden toimesta. Kartoitus toteutetaan usein myös jo siksi, että hankintayksikön tulee ottaa huomioon hankintaa suunnitellessaan markkinatilanne ja kulloinkin voimassa olevat kilpailuolosuhteet⁸⁴. Näin ollen markkinakartoituksen avulla voidaan saada pätevä ja ajantasainen kuva vallitsevasta markkinatilanteesta.

Markkinakartoituksessa ensisijainen tavoite on tuottaa hankintayksikölle tietoa siitä, millaisilla ratkaisuilla haluttu hankinta voidaan toteuttaa⁸⁵. Esimerkiksi tarjolla olevien tuotteiden ominaisuuksien syvempi tarkastelu voi olla yksi osa markkinakartoitusta. Tuotteen tarkastelu taas antaa vihjeitä siitä, millaisia vertailuehtoja tulevaan hankintailmoitukseen lisätään hankittavan tuotteen osalta. Markkinoiden tarkasteluvaiheessa tehdään huomioita myös esimerkiksi mahdollisista toimittajista ja heidän määrästään, joka omalta osaltaan voi ohjata itse hankintamenettelyn valintaa. Jos mahdollisia tasavertaisilta vaikuttavia ehdokkaita on markkinoilla useita, sulkee se usein esimerkiksi suora hankinnan käyttömahdollisuuden ulkopuolelle. Markkinakartoituksella voidaankin selvittää myös se, mikä hankintamenettely on johdonmukaisin sekä tarkoituksenmukaisin vaihtoehto juuri kyseisen hankinnan toteuttamiseen.⁸⁶

⁸³ Määttä & Voutilainen 2017 s. 19

⁸⁴ Määttä & Voutilainen 2017 s. 158

⁸⁵ Markkinakartoituksen avulla voidaan myös saada muodostettua kuva siitä, kannattaako tuote hankkia julkisena hankintana vai ko mahdolliselta sidosyksiköltä. Ks. tästä Jukka 2018. Kirjoittaja tarkastellut artikkelissa juurikin tätä sidosyksikkö hankintojen tehokkuutta verrattuna ulkopuolisilta markkinoilta hankkimiseen.

⁸⁶ Eskola et. al. 2017. s. 319-320. Vrt. markkinakartoitusta myös kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn ja sen niin kutsuttuun ensimmäiseen vaiheeseen, jossa hankintayksikkö etsii parhaita ratkaisuvaihtoehtoja hankinnan toteutukseen. Ks. kilpailullisen neuvottelumenettelyn ensimmäisestä vaiheesta esim. Kontio et. al. 2017. s. 121.

Olennaista on huomata, että kansallisella tasolla toteutettavissa hankinnoissa voidaan hyödyntää hankintayksiköiden vapaasti valitsemaansa hankintamenettelyä. Hankinta voidaan toteuttaa esimerkiksi yhdistelemällä hankintalaissa säädettyjen hankintamenettelyjen ominaispiirteitä. Lisäksi hankintayksikkö voi hyödyntää toiminnassaan esimerkiksi vanhan hankintalain mukaisia kansallisia menettelyjä. Hankintayksikön tulee kuitenkin ilmoittaa tai kuvata käyttämänsä hankintamenettely hankintailmoituksessa taikka tarjouspyynnössä niin, että mahdolliset tarjoajat pystyvät ennakoimaan sekä arvioimaan hankintaprosessin tulevaa kulkua⁸⁷. Täten myös tarjoajille annetaan mahdollisuus suunnitella omaa toimintaansa hankintaprosessissa, kun tieto hankintaprosessin vaiheista ja kulusta on heille kulkenut.

Kansallisten hankintojen toteuttaminen on siis vapaampaa, kuin hankinnoissa, joissa EU-kynysarvot ylittyvät. EU-hankinnoissa esimerkiksi tällainen menetelmien yhdisteleminen ei ole mahdollista, vaan hankinnassa noudatetaan tarkasti hankintalaissa määriteltyjä hankintamenettelyjä.⁸⁸ Kansallisten hankintamenettelyjen vapaampi toteuttaminen perustuu niille osoitettuun kritiikkiin, jonka mukaan niitä säätelevä lainsäädäntö on ollut liian lähellä EU-hankinnoissa noudatettavaa sääntelyä. Tällöin riskinä on ollut se, että hankintayksiköt ovat voineet soveltaa tarpeettoman tiukkaa lainsäädäntöä ja näin hankintaprosessista on voinut tulla raskaampi taikka kalliimpi kuin sen olisi säätelyn perusteena kuulunut olla.⁸⁹

Hankintamenettelyistä säädetään hankintalain 5 luvussa. Tavallisimpia tapoja toteuttaa julkinen hankinta ovat olleet avoin ja rajoitettu menettely. Kyseiset menettelytavat sopivat parhaiten esimerkiksi tyypillisimpien hyllytavaroiden taikka yksinkertaisten palvelujen hankkimiseen. Lisäksi hankinta voidaan toteuttaa neuvottelumenettelyllä tai kilpailullisella neuvottelumenettelyllä. Neuvottelumenettelyt edustavat jo huomattavasti joustavampia ja monipuolisempiin hankintakokonaisuuksiin soveltuvia menetelmiä, kun vertailukohteena olevat avoin ja rajoitettu menettely. Toisaalta neuvottelumenettelyt ovat myös raskaampia menettelyjä toteuttaa niihin liittyvien neuvottelujen vuoksi. Muita keinoja hankinnan toteuttamiseen ovat innovaatiokumppanuus sekä erinäiset puitejärjestelyt ja suunnittelukilpailut. Erityisesti innovaatiokumppanuus sekä erinäiset puitejärjestelyt ja suunnittelukilpailut.

⁸⁷ Ks. HankL 100-102 § kansallisista hankintamenettelyistä

⁸⁸ Kontio et. al. 2017 s. 106

⁸⁹ HE 108/2016 vp. s. 19-20. Myös joustavuuden näkökulmasta kansallisten hankintojen kilpailuttaminen tarkasti säädeltyjen menetelmien kautta ei ole ollut tarkoituksenmukaista. Kuitenkin hankintayksiköt voivat myös hyödyntää yksinkertaisuuden vuoksi suoraan myös EU-hankinnoille suunniteltuja säädöksiä ja itse neuvottelujen kulkua.

tiokumppanuus ja suunnittelukilpailu edustavat hankintadirektiivissä ja hankintalaissa mainittua innovatiivisten julkisten hankintojen tavoitteiden mukaista tapaa toimia.⁹⁰ Lisäksi hankinta voidaan toteuttaa poikkeustapauksissa myös suoramarkintana.

Koska avoin ja rajoitettu menettely liittyvät yhteen neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykseen, on niiden kulku avata pikaisesti. Avoimessa menettelyssä on kyse HankL 32 §:n mukaan siitä, että hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen ja asettaa saataville tarjouspyynnön, joidenka perusteella kaikki halukkaat toimittajat voivat tehdä tarjoukset. Hankintayksikkö voi pykälän mukaan myös lähettää itse tarjouspyynnön mahdollisille toimittajille. Rajoitettu menettely taas eroaa keskeisiltä osin avoimesta siinä, että ainoastaan hankintayksikön valitsemat toimittajaehdokkaat voivat tehdä hankintailmoitukseen liittyvän tarjouksen. Lisäksi rajoitussa menettelyssä on rajoitettu tarkemmin myös hankintamenettelyn osallistujamääriä⁹¹. Hankintayksikkö valitsee saaduista tarjouksista sen, mikä vastaa parhaiten heidän tarpeitaan ja sopii tarjoajan kanssa hankintasopimuksen. Usein valinnan perusteena näillä tavoilla toteutetuissa hankinnoissa on pelkkä halvin hinta, joten tarjoajan valinta on melko yksinkertaista.

3.2 Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset

Seuraavassa käsittely siirtyy neuvottelumenettelyjen tarkastelemiseen. Ensimmäiseksi vuorossa on niin neuvottelumenettelyn, kuin myös kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttöedellytysten tarkastelu. Tämän jälkeen tutkielmassa käydään läpi myös molempien menetelmien kulku pääpiirteittäin, jotta lukijalle muodostuu kuva siitä, miten kyseiset menetelmät toimivat käytännössä.

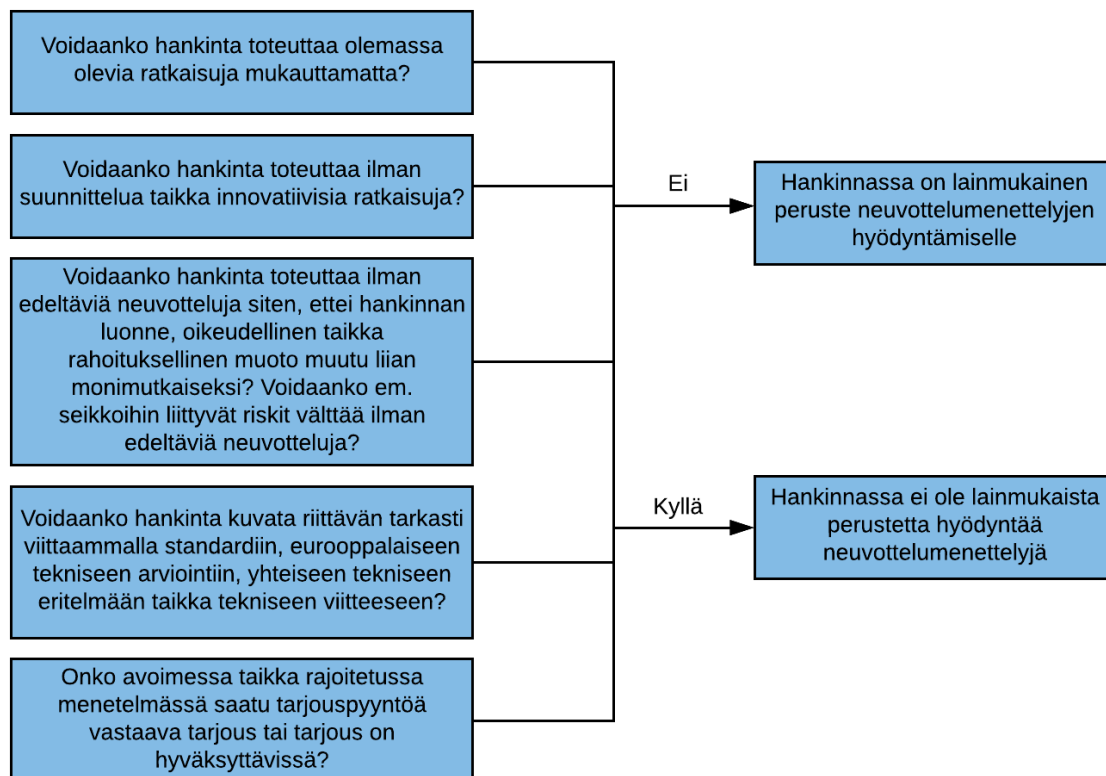
Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksiä tarkastellessa on edelleen huomattava heti ensimmäiseksi ero EU-kynnysarvot ylittävien hankintojen sekä vain kansalliset kynnysarvot ylittävien hankintojen välillä. Tämä siksi, että hankintalain säädöksiä neuvottelumenettelyjen käytöstä on sovellettava eri lailla silloin, kun kyseessä on EU-tason hankinta ja silloin, kun hankinta voidaan toteuttaa kansallisella tasolla. Kansallisella tasolla toteutettavassa hankinnassa jousto säädösten soveltamiseen on suurempi, kun taas EU-tasolla esimerkiksi neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksiä joudutaan soveltamaan tiukasti.

⁹⁰ HankL 32-43 §

⁹¹ HankL 33 §. Kutsuttava mukaan vähintään viisi ehdokasta, ellei soveltuvia ehdokkaita ole vähemmän.

Kansallisessa julkisessa hankinnassa voidaan soveltaa neuvottelumenettelyä silloin, kun yksikkö itse katsoo sen tarpeelliseksi. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää samanmuotoisena, kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tai sitten sitä voidaan muokata palvelemaan parhaiten oman hankintayksikön tarpeita. Usein kansallisessa hankinnassa ei olekaan tarkoituksenmukaista noudattaa EU-tason hankintoihin suoraan sovellettavia säädöksiä täysimääräisesti, sillä ne voivat syödä kohtuuttoman paljon esimerkiksi kilpailuttamisesta koituvia hyötyjä.

Hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyjä EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa silloin, kun hankintalaissa säädetyistä ehdoista joku täyttyy. Jos edellytyksistä mikään ei täyty, ei hankintayksikkö ole oikeutettu käyttämään neuvottelumenettelyjä itse hankinnan toteutukseen. Tällöin ratkaisu hankinnan toteuttamiseen löytyykin muiden menettelytapojen kautta. Neuvottelumenettelyn käyttöehdoista säädetään hankintalain 5. luvun 34 §:ssä ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttöehdoista taas 36 §:ssä. Menettelyn käyttöedellytykset löytyvät myös hankintadirektiivin 26 artiklasta, jossa ne ovat pääosin samanlaisessa muodossa, kuin hankintalaissa. Hankintalain 34 ja 36 § perusteella on muodostettu kuvio 1, joka esittää yksinkertaista neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset EU-hankinnoissa kysymysten muodossa.



Kuvio 1. Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa⁹².

Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää HankL 5. luvun 34 §:n mukaan hankintayksikön toimesta ensinnäkin silloin kun hankintayksikön tarpeita ei voida täyttää olemassa olevia ratkaisuja mukauttamatta. Toisena ehtona laissa on neuvottelumenettelyn käytölle tilanne, jossa hankintaan kuuluu suunnittelua taikka muunlaisia innovatiivisia ratkaisuja. Kyseiset edellytykset ovat uusia lisäyksiä hankintalakiin⁹³. Lisäykset voidaan nähdä eräänlaisina vastauksina monimutkaistuvien hankintakokonaisuuksien ongelmaan, jossa huolena oli se, etteivät vanhan lain aikaiset jäykähköt hankintamenetelmät pysty auttamaan hankintayksiköitä riittävässä määrin löytämään parhaita mahdollisia ratkaisuja hankintojen tekemiseen. Myös hankintadirektiivissä otettiin asiaan kantaa toteamalla, että hankintayksiköt tarvitsevat huomattavissa määrin lisää joustavuutta sen suhteen, että hankinnassa voidaan hyödyntää neuvotteluvaiheen sisältävää menettelytapaa. Direktiivissä mainittiin myös neuvottelumenettelyjen rooli valtioiden rajat ylittävän kaupan edistäjänä, sillä muista jäsenvaltioista lähtöisin olevat tarjoukset hyötyvät neuvotteluvaiheesta, sillä neuvotteluja käymällä todennäköisyys niiden valintaan kasvaa.⁹⁴ Näin ollen nämä uudet hankintalaissa ilmaistut neuvottelumenettelyjen käyttöehdot ovat myös esimerkiksi Euroopan unionin sisämarkkinoiden rajat ylittävän kaupan edistämistavoitteen mukaisia.

Hallituksen esityksessä uudeksi hankintalaiksi sekä hankintadirektiivissä edellä mainittujen edellytysten tuoma lisäjoustavuus nähtiin tarpeellisena esimerkiksi silloin, kun hankittava tuote taikka palvelu sisältää esimerkiksi pitkälle kehittyneitä tuotteita taikka aineettomia palveluita. Lisäksi esimerkiksi erinäiset laajat ICT-hankkeet hyötyvät uusista edellytyksistä, sillä neuvottelumenettelyjä käyttämällä voidaan saada varmuus siitä, että tarjoajan tarjoama tuote taikka palvelu vastaa juuri sitä, mitä hankintayksikkö on hankintaprosessillaan hakenut. Neuvottelumenettelyjen kahteen ensimmäiseen käyttöedellytykseen liittyen hankintalain esitöissä mainitaan lisäksi, ettei neuvottelumenettelyjä tule käyttää tavanomaisten tuotteiden taikka palveluiden hankintaan, jollaisia useat eri tarjoajat pystyvät toimittamaan.⁹⁵ Näin ollen neuvottelumenettelyä ei voida hyödyntää esimerkiksi erinäisten toimistotarvikkeiden hankkimisessa.

Kolmas ehto neuvottelumenettelyille on hankintalain 34 §:n mukaan seuraava:

⁹² HankL 34 § ja 36 § (1397/2016)

⁹³ HE 108/2016 vp s. 123

⁹⁴ Hankintadirektiivi 2014/24/EU s. 71

⁹⁵ HE 108/2016 vp s. 123

”Hankinnan luonteeseen, monimutkaisuuteen tai oikeudelliseen ja rahoituksen muotoon liittyvistä erityisistä syistä tai niihin liittyvien riskein vuoksi ei voida tehdä hankintasopimusta ilman edeltäviä neuvotteluita.”

Kyseinen lainkohta noudattelee vanhan hankintalain mallia, eikä sen kohdalla ole tapahtunut merkittäviä uudistuksia suhteessa vanhaan lakiin. Kyseinen edellytys mahdollistaa edelleen neuvottelumenettelyn käytön esimerkiksi monimutkaisissa rakennusprojekteissa taikka elinkaari- tai allianssimallin hankinnoissa.⁹⁶ Usein tällaisissa tilanteissa esimerkiksi rahoitus voi olla peräisin monista lähteistä, jolloin neuvottelujen käyminen on tarpeen jo hankkeen tilaajien kesken, jotta esimerkiksi erinäisistä tilaajavastuullisista seikoista päästään yhteisymmärrykseen.

Neljäs ehto liittyy hankinnan kohteen olemukseen. Ehdon mukaan neuvottelumenettelyä voidaan käyttää silloin, kun kohteen kuvausta ei voida määritellä riittävän tarkasti viittaamalla esimerkiksi johonkin yleiseen standardiin, eurooppalaiseen tekniseen arviointiin, yhteiseen tekniseen eritelmaan tai tekniseen viitteeseen. Vanhassa hankintalaissa (30.3.2007/348) kyseinen ehto oli määritetty koskemaan vain rajallista joukkoa hankintalajeja, joskin lakiuudistuksessa ehtoa kuitenkin joustavoitettiin koskemaan niitä kaikkia⁹⁷. Uuden lain mukaisessa ehdossa myös korostetaan erinäisiä standardeja, teknisiä määritelmiä sekä teknisiä viitteitä. Tämä siksi, että kyseiset hankintojen määrittelyyn ja kuvaukseen liittyvät apuvälineet ovat alkujaan luotu siksi, että ne helpottaisivat itse hankinnan toteuttamista. Jos taas nämä yleiset apuvälineet eivät auta hankintayksikköä hankinnan kuvaamisessa riittävällä tasolla, luo se mahdollisuuden käyttää neuvottelumenettelyä hyödyksi, jolloin hankittavasta kohteesta voidaan käydä tarkempia keskusteluja.

Viimeinen hankintalaissa erikseen säädetty ehto löytyy hankintalain 34 §:n 3 momentista. Kyseisen momentin mukainen edellytys käyttää neuvottelumenettelyä liittyy tilanteeseen, jossa hankintaa on jo yritetty toteuttaa avoimella tai rajoitetulla menettelyllä. Tässä edeltävässä hankintaprosessissa saadut tarjoukset eivät ole kuitenkaan vastanneet tarjouspyynnössä määritellyjä tarjoajien tarjouksilta vaadittuja vähimmäisvaatimuksia. Neuvottelumenettelyn hyödyntäminen tällaisissa tilanteissa toimiikin eräänlaisena jatkotoimenpiteenä avoimen tai rajoitetun menettelyn jälkeen. Säädöksen myötä hankintayksiköiden ei esimerkiksi tarvitse aloittaa koko

⁹⁶ HE 108/2016 vp s. 123. Perinteisesti kilpailullista neuvottelumenettelyä käytetty tämän ehdon mukaisissa hankinnoissa.

⁹⁷ Erilaisia hankintalajeja esimerkiksi tavara- ja palveluhankinnat, käyttöoikeussopimukset, terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut sekä rakennusurakat

hankintaprosessia alusta, vaan epäkelvoista tarjouksista voidaan keskustella tarjoajien kanssa ja näin ollen tarkentaa esitettyjä tarjouksia. Hankintayksikön ei tällöin tarvitse pykälän mukaan julkaista esimerkiksi uutta hankintailmoitusta, jos neuvotteluihin kutsutaan kaikki ne tarjoajat, jotka täyttävät niille itselleen asetetut vähimmäisedellytykset ja he ovat kaikki esittäneet edeltävässä menettelyssä muotovaatimusten mukaiset tarjoukset.⁹⁸ Edellytys vastaa vanhan hankintalain aikaista 25 §:n 1 momenttia sillä erolla, ettei kilpailullisesta neuvottelumenettelystä voida siirtyä enää neuvottelumenettelyn pariin. Tällä uudistuksella ollaan pyritty rajoittamaan aiemmin menetelmien välillä tapahtunutta hyppimistä, joka pystyi vaarantamaan esimerkiksi HankL 3 §:n mukaisten periaatteiden mukaan toimimisen⁹⁹.

Kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttäminen on sallittua EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa hankintalain 36 §:n mukaan silloin, kun lain 34 §:n 2 momentin mukaisista edellytyksistä jokin täyttyy. Näin ollen menetelmää voidaan hyödyntää samoin edellytyksin, kuin neuvottelumenettelyä.¹⁰⁰ Vanhan hankintalain aikaan menettelyille oli kuitenkin omat erikseen säädetyt käyttöedellytykset. Niitä ei kuitenkaan pidetty uudessa hankintalaissa enää tarkoituksenmukaisina varsinkaan siksi, että vanhan hankintalain aikaisten menettelyjen soveltamiskäytännöissä ei oltu huomattu merkittävää eroa tasa-arvoisen ja syrjimättömän kohtelun taikka avoimuuden periaatteiden saralla¹⁰¹. Tämä neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten yhtenäistäminen voidaan nähdäkseni katsoa myös osaksi varsinkin lainsäätäjän tavoitetta liittyen hankintalainsäädännön yksinkertaistamiseen. Käyttöedellytykset yhtenäistämällä on lainsäätaja esimerkiksi myös minimoinut mahdolliset sekaannusmahdollisuudet menetelmien käytön suhteen.¹⁰²

⁹⁸ HE 108/2016 vp. s. 124. Ks. tarjoajien vähimmäisedellytyksistä HankL 79-92 §

⁹⁹ Esimerkiksi tasavertaisen kohtelun periaatteen mukaisesti toimiminen on menetelmästä toiseen edestakaisin hyppiessä haastavaa.

¹⁰⁰ Vrt. kumotun hankintalain (30.3.2007/348) 29 §. Kilpailullista neuvottelumenettelyä voitu käyttää pykälän mukaan silloin, kun kyseessä on *erityisen monimutkainen hankinta*. Ks. tarkemmin kumotusta säädöksestä myös Siikavirta 2015 s. 209.

¹⁰¹ HE 108/2016 vp s. 128. Ks. myös hankintadirektiivin 30 artikla ja vrt. hankinnoissa noudatettaviin oikeusperiaatteisiin (HankL 3 §).

¹⁰² Hankintalain 36 § :n 2 momentissa säädetään myös kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä käytettävästä kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteesta. Säädöksen mukaan kyseistä perustetta käytettäessä tulee hankintayksikön noudattaa HankL 93 §:ssä säädettyä määritelmää parhaasta hinta-laatusuhteesta.

3.3 Neuvottelumenettelyjen kulku

3.3.1 Neuvottelumenettely

Neuvottelumenettelyn kulusta säädetään HankL 35 §:ssä ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulusta taas HankL 37 §:ssä. Seuraavassa tarkastellaan näiden säädösten sisältöä sekä sitä, miten julkinen hankinta saadaan toteutettua kyseisiä menettelyjä käyttämällä. Neuvottelumenettelyille on ominaista niiden monivaiheisuus, mihin myös lainsäätäjä on kiinnittänyt huomiota niiden kulusta säättäessään. Perinteisimpinä hankintamenettelyinä nähtyihin avoimeen ja rajoitettuun menettelyyn verrattuna neuvottelumenettelyjen kulusta onkin huomattavasti tarkemmat säädökset hankintalaissa. Myös menettelyjen kulkua koskevassa käsittelyssä on edelleen tärkeää kuitenkin huomata EU-kynnsarvot ylittävien hankintojen sekä kansallisen tason hankintojen ero säädösten sitovuudessa. Lainsäädännön sitovuudesta johtuen menettelyjen kulku voi olla huomattavankin erilaista riippuen siitä, minkä tasoiset kynnsarvot itse hankittavan kohteen kohdalla täyttyvät. Tämän vuoksi menettelyjen kulkua tarkastellaan seuraavassa enemmän EU-hankintojen kautta, sillä hankintalain sisältämä neuvottelumenettelyjen kulun sääntely koskee huomattavasti tarkemmin niitä.

Ensimmäinen vaihe ennen neuvottelumenettelyihin siirtymistä on luonnollisesti hankinnan suunnitteluvaihe, johon voi sisältyä esimerkiksi markkinakartoituksen tekeminen. Kun hankintayksikkö on mahdollisen markkinakartoituksen jälkeen päättänyt toteuttaa hankinnan joko neuvottelumenettelyllä taikka kilpailullisella neuvottelumenettelyllä, tulee sen ilmoittaa käytettävästä menettelystä jo hankintailmoituksessa¹⁰³. Ilmoituksessa hankintayksikkö määrittelee tarkemmin hankintamenettelyssä käytettävät säännöt ja käytänteet, joiden mukaan esimerkiksi tarjoajia tullaan myöhemmin sulkemaan ulos kilpailusta. Hankintailmoituksessa, tarjouspyynnössä taikka neuvottelukutsussa on lisäksi ilmoitettava riittävä kuvaus hankintayksikön tarpeista sekä hankinnan kohteen riittävän tarkka määrittely. Myös pitkin hankintaprosessia näkyvät vähimmäisvaatimukset on ilmoitettava jo tässä alkuvaiheessa, sillä niiden avulla mahdolliset tarjoajat pystyvät muodostamaan riittävän täsmällisen kuvan siitä, pystyvätkö he jättämään osallistumishakemuksen. Menettelyyn kun voivat osallistua kaikki halukkaat ehdokkaat lähettämällä tällaisen hakemuksen hankintayksikölle.¹⁰⁴

¹⁰³ Ks. esimerkkejä hankintailmoituksista työ- ja elinkeinoministeriön ylläpitämästä sähköisestä ilmoituskanava HILMA:sta. Saatavilla osoitteesta: hankintailmoitukset.fi.

¹⁰⁴ HankL 35.1 §

Seuraavaksi hankintayksikkö valitsee osallistumishakemusten joukosta ne tarjoajat, jotka se pyytää neuvotteluihin¹⁰⁵. Hankintayksikön tulee kutsua neuvotteluihin vähintään kolme ehdokasta, ellei osallistumishakemuksia ole tullut tätä vähempää. Jo tässä vaiheessa hankintayksikön tulee kuitenkin sulkea ulos tarjoajat, jotka eivät ole vastanneet mahdollisesti jo hankintailmoituksessa taikka tarjouspyynnössä ilmoitettuja vähittäisvaatimuksia. Näiltä neuvotteluihin päässeiltä tarjoajaehdokkailta hankintayksikkö pyytää seuraavaksi alustavat tarjoukset. Huomattavaa on, että hankintayksikkö voi jo näiden alustavien tarjousten perusteella valita tarjoajan, jos tällainen mahdollisuus on etukäteen kirjattu esimerkiksi hankintailmoitukseen.¹⁰⁶

Alustavia tarjouksia voidaan muuttaa neuvottelujen edetessä. Tätä voidaankin eräällä tapaa pitää koko neuvottelumenettelyn ideana. Neuvotteluja käydään hankintayksikön näkökulmasta, jotta tarjoajien laatimia tarjouksia voidaan parantaa ja tarkentaa. Esimerkiksi ICT-ohjelmiston hankinnassa hankintayksikölle muodostuu neuvottelujen myötä huomattavasti tarkempi kuva siitä, millaisia ominaisuuksia hankittavaan sovellukseen sisältyy ja millaisia siitä puuttuu. Myös hankintayksikön laatimaa tarjouspyyntöä taikka neuvottelukutsua voidaan muokata pitkien neuvottelujen. Neuvotteluissa ei kuitenkaan voida muuttaa hankintailmoituksessa taikka tarjouspyynnössä ilmaistuja tuotteeseen, palveluun taikka rakennusurakkaan liittyviä vähimmäisvaatimuksia. Myöskään esimerkiksi HankL 93 §:n säätämästä kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteista neuvotteluja ei voida käydä. Vähittäisvaatimuksia ja kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteita voidaan kuitenkin muuttaa julkaisemalla kokonaan uusi hankintailmoitus¹⁰⁷.

Mahdollisten monivaiheisten neuvottelujen sekä tarjousten vaiheittaisten parantamisen aikana hankintayksikkö voi pudottaa tarjoajia hankintakilpailun ulkopuolelle. Tällainen tarjoajien karsimisen tulee perustua ennalta asetettuihin vertailuperusteisiin sekä kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteisiin. Esimerkiksi kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteiden mukaan tarjoaja voidaan karsia erinäisiin laadullisiin, yhteiskunnallisiin, ympäristö- tai sosiaalisiin näkökohtiin vedoten¹⁰⁸. Tarjoajien karsimisen tulee kuitenkin myös olla HankL 3 §:n mukaisten julkisissa hankinnoissa noudatettavien periaatteiden mukaista. Jäljempänä tutkielmassa huomataan, miten usein hankinta-asioissa varsinkin tämä tarjouksien ja tarjoajien ulossulkeminen

¹⁰⁵ Menettelyn tässä vaiheessa on oleellista tehdä ero tarjoajien vertailulle sekä itse tarjouksien vertailulle. Hankintamenettelyssä vertaillaan ensiksi tarjoajia toisiinsa ja vasta tämän jälkeen siirrytään mahdollisten tarjousten vertailuun.

¹⁰⁶ HankL 35.2 §

¹⁰⁷ Kontio et. al. 2017 s. 115

¹⁰⁸ HankL 93 §

herättää eri osapuolissa erilaisia mielikuvia siitä, onko toimittu hankintalainsäädännön mukaan vai ei.

Neuvottelujen päättäminen toteutetaan siten, että vielä kilpailussa mukana oleville tarjoajille ilmoitetaan selkeästi neuvottelujen päättymisestä. Tämän jälkeen itse neuvottelumenettely päätetään siten, että vielä kilpailussa mukana oleville tarjoajille lähetetään lopullinen tarjouspyyntö, johon tarjoajien tulee vastata määräajan puitteissa. Lopulliset tarjoukset saatuaan hankintayksikön tulee tarkistuttaa niiden tarjouspyynnön mukaisuus, jonka jälkeen valinta lopullisesta toimittajasta tehdään. Näistä lopullisista tarjouksista hankintayksiköllä ei ole enää lainmukaista oikeutta neuvotella.¹⁰⁹

Kun päätös tarjoajasta on tehty, siirrytään hankinnan kilpailuttamisvaiheesta itse toteutusvaiheeseen, jolloin neuvottelumenettelyn voidaan katsoa päättyneeksi. Tällöin tarjoaja toimittaa tuotteen, palvelun taikka aloittaa rakennusprojektin toteuttamisen ja hankintayksikön edustama organisaatio maksaa taikka luovuttaa sovitun vastikkeen. Koska julkisissa hankinnoissa on usein kyse jatkuvasta prosessista ja hankintasopimukset tehdään tietyksi määräajaksi, joudutaan sopimuskauden loppupuolella kuitenkin jo valmistautumaan esimerkiksi uudelleen kilpailuttamaan aiemmin hankittu palvelu tai tuote. Näin ollen prosessi käynnistyy alusta, mutta uudessa kilpailutuksessa voidaan hyödyntää edeltävällä kerralla opittua.¹¹⁰ Hankintayksiköllä voi olla esimerkiksi laajempi tekninen asiantuntemus liittyen hankittavaan tuotteeseen taikka palveluun, joskin esimerkiksi teknologian nopea kehittyminen voi vanhentaa saavutetun asiantuntijuuden nopeastikin. Lisäksi hankintayksiköllä kuitenkin voi olla myös selvempi kuva siitä, miten neuvottelumenettelyt sopivat kyseisen hankinnan toteuttamiseen ja miten menetelmää tulisi muokata jatkoa varten, jotta sitä voitaisiin entisestään tehostaa¹¹¹.

3.3.2 Kilpailullinen neuvottelumenettely

Kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulku pitää sisällään samoja elementtejä kuin neuvottelumenettelynkin. Olennainen ero menetelmien välillä on kuitenkin kilpailullisen neuvottelumenettelyn kaksivaiheisuus. Ensimmäisessä vaiheessa neuvotteluissa etsitään optimaalisin ratkai-

¹⁰⁹ HankL 35.5 §

¹¹⁰ Kontio et. al. 2017 s. 157. Toteutusvaiheeseen siirryessä voidaan lisäksi katsoa nähdäkseni siirryttävän myös enemmän sopimusoikeuden puolelle varsinaisen julkisoikeuden puolelta, sillä esimerkiksi erinäiset sopimusrikkereet ja sopimuksen mukaan toimiminen alkavat painottua.

¹¹¹ Menettelyn muokkaus toki pääosin vain kansallisessa hankinnassa.

sumalli hankinnan toteuttamiselle. Jälkimmäinen osio taas koostuu itse rakennetun ratkaisumallin tai mallien mukaisten tarjousten käsittelyyn.¹¹² Koska keskeisimmät erot neuvottelumenettelyn ja kilpailullisen neuvottelumenettelyn välillä tapahtuvat vaiheiden alkupuolella, rajataan kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulun tarkastelun koskemaan pääosin tätä ensimmäistä vaihetta.

Kilpailullinen neuvottelumenettely aloitetaan hankintayksikön julkaiseman hankintailmoituksen myötä. Hankintailmoitus eroaa neuvottelumenettelyn ilmoituksesta siten, että kilpailullisen neuvottelumenettelyn hankintailmoituksessa hankintayksikkö listaa hankintaan liittyvät tarpeensa ja vaatimuksensa sekä hankintaan liittyvät alustavat aikataulut ja kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteet. Nämä tekijät voidaan ilmoittaa myös erillisen hankekuvauksen kautta.¹¹³

Hankintayksikkö aloittaa tämän jälkeen neuvottelut tarjoajien kanssa, jossa kartoitetaan ja määritellään ne tavat, joilla hankittava kohde voidaan toteuttaa. Näissä neuvotteluissa voidaan käydä läpi kaikkia hankintaan liittyviä seikkoja, jotka voivat liittyä hankinnan tekniseen toteutukseen, mutta esimerkiksi myös oikeudelliseen ja rahoitukselliseen puoleen¹¹⁴. Neuvotteluja voidaan käydä vaiheittain siten, että erinäisiä hankinnan ratkaisuehdotuksia tiputellaan vaiheittain pois vedoten esimerkiksi hinta-laatusuhteeseen. Esimerkiksi toisen ratkaisuehdotuksen laadukkaampi sosiaalisten tekijöiden huomioonottaminen voi olla pätevä syy pudottaa toisen tarjoajan ratkaisuehdotus pois. Neuvotteluista voidaan myös pudottaa tarjoajia aina menettelyjen seuraavaan vaiheeseen edettäessä, jos hankintayksikkö on tällaisesta hankintailmoituksessa ilmoittanut. Neuvottelut jatkuvat kuitenkin aina siihen asti, kunnes hankintayksikkö pystyy päättämään lopullisessa hankinnassa käytettävän ratkaisuehdotuksen tai ratkaisuehdotukset.¹¹⁵

Kun oikeat ratkaisumallit hankinnan toteuttamiseen ovat löytyneet ja hankintayksikkö on päättänyt neuvottelut tiedottamalla siitä neuvotteluissa läsnä olleille tarjoajaehdokkaille, laatii hankintayksikkö tarjouspyynnön, joka on neuvotteluissa löydetyn ratkaisuehdotuksen mukainen. Tarjouspyynnön avulla hankintayksikkö pyytää tarjoajilta lopulliset tarjoukset, joihin tulee liittää kaikki hankinnan toteuttamiseen vaadittavat asiakirjat. Näitä tarjouksia hankintayksikkö voi vielä pyytää tarjoajia tarkentamaan, joskaan tarjousten oleellisiin seikkoihin ei voida enää puuttua. Tämä siksi, ettei esimerkiksi tasa-arvoisen kohtelun periaate vaarantuisi.

¹¹² Kontio et. al. 2017. s. 121

¹¹³ HankL 37.1 §

¹¹⁴ Kontio et. al. 2017. s. 123

¹¹⁵ HankL 37.3 § ja 37.5 §

3.3.3 Hankintayksikön harkintavallasta

Yksi olennainen käsite, joka näkyy pitkin hankintaprosessia, on harkintavalta. Harkintavallan käsite on määritelty sosiaalitieteiden puolella eräänlaiseksi vapaudeksi toimia oman työroolin sisällä. Viranhaltijalla on harkintavaltaa silloin, kun hänen toimivallan rajat suovat hänelle vaihtoehtoisia päätösmahdollisuuksia.¹¹⁶ Määritelmä sopii nähdäkseni myös oikeustieteiden puolelle. Hankintaviranomaisen toimintaan käsitteen liittäessä hänen toiminnalleen on osoitettu rajat, joiden piirissä tämän tulee pystyä toimimaan. Viranomaiselle annetaan siis rajojen puitteissa oikeuksia tehdä päätöksiä itsenäisesti. Samalla hän kantaa mahdollisesti myös virkavastuuta päätöksistään. Näitä harkintamarginaalia kaventavia rajoja ovat ensinnäkin Suomen lainsäädäntö, mutta myös esimerkiksi kunnalliset strategia- ja talousasiakirjat. Lisäksi kunnalla voi olla muitakin ohjeistuksia yksittäisen viranomaisen toimintaan liittyen.¹¹⁷

Harkintavallan riittävästä määrästä on keskusteltu lakiuudistuksen myötä. Liiallinen harkintavallan antaminen hankintayksiköille esimerkiksi vammaisten henkilöiden elämänmittaisten palvelujen järjestämisen suhteen voitiin katsoa olevan epäselvää¹¹⁸. Toisaalta taas harkintavallan on nähty olevan tärkeä osa hankintatoimintaa siten, että hankintayksiköllä on riittävän suuret mahdollisuudet määrittää itse tarjouskilpailun kohde, tarkoituksenmukaisuus sekä laatunäkökohtien huomionottamiseen liittyvät seikat¹¹⁹. Suurempi harkintavallan määrä vaatii kuitenkin luonnollisesti sitä käyttävältä enemmän asiantuntemusta, kun esimerkiksi lainsäädäntö ei tarjoa tarkkoja ohjeita siitä, miten käsillä oleva ongelma tulisi ratkaista.

Hankintayksikön harkintavalta näyttäytyy konkreettisesti hankintatoiminnassa ensinnäkin hankintojen suunnitteluvaiheessa. Hankintayksikön mahdollisuus toteuttaa markkinakartoitus ennen hankintaprosessin virallista käynnistämistä, on ensimmäinen vaihe, jossa hankintayksiköllä on varsinaista harkintamarginaalia. Tämän jälkeen seuraava keskeinen päätös on itse hankintaprosessiin ryhtyminen. Hankintalaissa ei säädetä siitä, mitkä tuotteet, palvelut taikka ra-

¹¹⁶ Evans 2010. s. 33. Ks. oikeustieteiden puolelta harkintavallan määrittelyä esimerkiksi Merikoski 1958.

¹¹⁷ Ks. myös esimerkiksi viranomaisen harkintavallan käytöstä vankisijoittelussa Laaksonen 2008. Toimintaa rajoittavat esimerkiksi niin kutsutut harkintavallan rajoitusperiaatteet, jotka on kodifioitu hallintolain (6.6.2003/434) sisään. Laaksonen 2008. s. 40

¹¹⁸ TaVM 31/2016 vp s. 227. Liian suuri hankintayksiköille osoitettu harkintavalta voi olla lopulta vastoin myös hankintalainsäädännön joustavoittamisen ja yksinkertaistamisen tavoitteita. Tämä muun muassa siksi, että monimutkaisten kokonaisuuksien kanssa toimiessa tarkasti säädetty lainsäädäntö voi toimia toimintaa ohjaavana tekijänä.

¹¹⁹ HaVL 44/2016 vp s. 6

kennusurakat sen tulee toteuttaa juuri julkisella hankinnalla, vaan se voi toteuttaa osan hankinnoista esimerkiksi mahdollisilla sidosyksikköhankinnoilla, jos se on esimerkiksi julkisten varojen tehokkaan käytön kannalta aiheellista¹²⁰. Harkintamarginaali on tässä suunnitteluvaiheessa vielä huomattavasti suurempi kuin myöhemmässä vaiheessa, kun hankintayksikkö on valinnut hankinnan toteuttamisen julkisella hankinnalla. Tällöin harkintavallan määrää kaventavat erityisesti hankintalain säädökset.

Hankintayksikkö käyttää harkintavaltaa seuraavaksi erityisesti hankintamenettelyn valinnassa. Harkintamarginaalia on jätetty varsinkin kansallisen hankintamenettelyn valintaan huomattavissa määrin, sillä käytettävä hankintamenettely voi olla hyvinkin joustava. Kuitenkin menettelyn valinnassa on HankL 100 §:n mukaan pidettävä huolta siitä, että HankL 3 §:n mukaiset periaatteet toteutuvat. Harkintavaltaa käytetään myös siinä kohti, kun hankintayksikkö asettaa tarvitsemalleen hankinnalle erinäisiä vertailuperusteita hankintailmoituksessa, joiden avulla se lopulta päättää tarjouskilpailun voittajan. Hankintayksikkö käyttää harkintavaltaa ennen tarjouksien vertailua varsinkin ehdokkaita poissulkiessaan. HankL 81 § pitää sisällään suoraan hankinnanvaraiset ehdokkaiden poissulkuperusteet, joiden mukaan hankintayksikkö saa itse pohtia, kokeeko esimerkiksi jonkin kyseisen pykälän säätämän poissulkuperusteen vaarantavan itse hankinnan virheettömän tai vaatimusten mukaisen toteuttamisen. Jos tarjoajan hankinnanvarainen poissulkuperuste on hankinnan sisällön suhteen liian vakava, hankintayksikkö todennäköisesti sulkee tämän ulos kilpailutuksesta.

¹²⁰ HE 108/2016 vp. s. 168

4 Hankintalainsäädännön problematiikka erityisesti neuvottelumenettelyjen näkökulmasta

4.1 Julkiset intressit julkisissa hankinnoissa

Seuraavassa käsitellään hankintalainsäädäntöön liittyvää problematiikkaa. Käsittely lähtee liikkeelle pohtimalla julkisia hankintoja julkisten tarpeiden täyttäjänä, jonka jälkeen siirrytään tarkemmin alkuperäisen hankintasääntelyn tavoitteen, eli julkisten varojen tehokkaamman käytämisen pariin. Hankintalainsäädännön problematiikan yleistason ja eräänlaisen periaatteellisen tason tarkastelun jälkeen siirrytään käsittelyssä tarkemmin neuvottelumenettelyihin ja niiden kulun aikana esiintyvien ongelmien avaamiseen. Neuvottelumenettelyjä esimerkiksi verrataan muihin olemassa oleviin hankintamenettelyihin, jotta saadaan selville juuri neuvotteluihin painottuvien hankintatapojen positiiviset ja negatiiviset puolet.

4.1.1 Julkiset tarpeet

Hankintayksikkö toteuttaa julkisia hankintoja, jotta se pystyy täyttämään sen omat tarpeet. Näitä tarpeita ovat kunnallisen hankintatoiminnan kontekstissa varsinkin lainsäädännöstä johdettavat kunnan järjestämisvastuun alle sijoittuvat tehtävät. Hankintayksikkö on veloitettu järjestämään kuntalaisille palveluita liittyen esimerkiksi terveydenhoitoon. Seuraavassa julkista tarpeista tarkemmin.

Julkisissa hankinnoissa hankintalain 5 §:ssä määriteltyt hankintayksiköt siis hankkivat tuotteen, palvelun taikka esimerkiksi rakennusurakan organisaationsa ulkopuolelta. Hankintayksikön tarve saada hankittava kohde liittyy usein esimerkiksi kunnallisen hankintayksikön tapauksessa kuntalaissa säädettyihin kuntien lakisääteisiin tehtäviin. Kunnallisten hankintayksiköiden toiminnan perusteet löytyvät julkisten tarpeiden täyttämisen näkökulmasta kuntalain (410/2015, jäljempänä KuntaL) 2 luvusta, jossa säädetään kunnan tehtävistä, järjestämisvastuusta sekä palvelujen tuottamisesta. Kuntien tehtäviä koskevan KuntaL 7 §:n mukaan: ”Kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamat tehtävät ja järjestää sille laissa erikseen säädetty tehtävät. -”. Kunnan tulee hoitaa lain mukaan esimerkiksi sosiaali- ja terveystalouteen, ope- tukseen sekä maa- ja metsätalouteen liittyviä tehtäviä¹²¹. Kyseisessä pykälässä mainittu palveluiden *järjestäminen* liittyy taas KuntaL 8 §:än, jonka mukaan ”Kunta voi järjestää sille laissa

¹²¹ Lakisääteisten tehtävien määrä esitetty suuruusjärjestyksessä. Ks. VM 2015 s. 19-20. Tehtävistä säädetään omissa laeissaan. Esimerkiksi laissa vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista (3.4.1987/380) säädetään 8 §:ssä kunnan velvollisuudesta järjestää vaikeavammaiselle henkilölle muun muassa kohtuulliset kuljetuspalvelut niihin liittyvine saattajapalveluineen.

säädetyt tehtävät itse tai sopia järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle. -”. Jo KuntaL 8 § antaa siis oikeutuksen siirtää palveluidensa järjestämisen toiselle kunnalle¹²². Varsinaisten julkisten hankintojen toteuttamisen oikeutus tulee kuitenkin KuntaL 9 §:stä, jonka mukaan kunta tai kuntayhtymä voi tuottaa järjestämisvastuulleen kuuluvat palvelut itse tai hankkia ne sopimukseen perustuen muualta palvelujen tuottajalta.

Hankintayksiköllä on käytettävissään jo esille tulleet erilaiset hankintamenettelyt, joilla julkiselle vallalle osoitetut kansalliset kynnysarvot ylittävät tehtävät pääasiassa toteutetaan. Erilaisilla hankintamenettelyillä on nähdäkseni pyritty tavoittelemaan sitä, että markkinoilla olevia yksityisiä yrityksiä voidaan hyödyntää paremmin julkisten tarpeiden toteutuksessa. Markkinoiden toimijoiden vahvuuksien ollessa erilaisissa toiminnoissa, on johdonmukaista, että niitä pystytään hyödyntämään parhaalla mahdollisella tavalla. On myös syytä huomata, että hankittavien kohteiden välillä on suuria eroja. Esimerkiksi tavanomaisten toimistotarvikkeiden hankinta eroaa huomattavissa määrin monimutkaisista rakennusprojekteista, joissa voi olla osallisia monia eri toimijoita niin hankkijoiden kuin toteuttajien puolella. Onkin järkeenkäypää, että hankintayksiköille on rakennettu erilaisia tapoja toteuttaa julkinen hankinta, joilla sen on mahdollista täyttää sille laissa säädettyjä tarpeita, sillä tarjoajaehdokkaiden sekä itse hankittavien kohteiden erojen huomioiminen esimerkiksi pelkällä avoimella menettelyllä olisi hyvin tehotonta ja epäjohdonmukaista.

Hankintayksikön tulee ottaa toiminnassaan huomioon myös esimerkiksi hankintalainsäädännöstä johdettavat tavoitteet. Myös näistä tavoitteista voidaan tehdä se huomio, että ne eroavat vahvasti toisistaan. Tämä taas johtaa siihen, että erilaiset tarjoajat pystyvät vastaamaan paremmin toisiin tavoitteisiin, kuin toiset. Kuitenkin parhaan mahdollisen tarjoajan löytäminen avoimella taikka rajoitetulla menettelyllä tällaisissa tapauksissa, joissa esimerkiksi ympäristölliset seikat korostuvat aihepiirien ollessa muutenkin laajoja ja monimutkaisia, eivät kyseiset menetelmät mahdollista hankintayksikölle kaiken mahdollisen informaation saamista markkinoiden toimijoilta. Tämän vuoksi näihin monimutkaisempiin hankintakokonaisuuksiin luotiinkin neuvottelumenettelyt, jotka mahdollistavat hankinnan yksityiskohtien huomattavasti tarkemman läpikäymisen yhteistyössä yksityisen sektorin kanssa. Jäljempänä pyritään avaamaan tarkemmin julkisten tarpeiden täyttymistä ottamalla huomioon varsinkin lainsäädännölliset tavoitteet.

¹²² Ks. myös järjestämisvastuuseen liittyvästä kunnan vastuusta KuntaL 8.2 §. Kunnan tulee esimerkiksi huolehtia palvelujen ja muiden toimenpiteiden yhdenvertaisesta saatavuudesta.

4.1.2 Julkisen vallan käytöstä

Jotta voidaan ymmärtää mistä hankintatoiminnasta on kyse, on syytä käsitellä julkisen vallan käyttöä. Tämä siksi, että julkisen vallan käyttöön liittyy omat lainalaisuutensa esimerkiksi sitä hyödyntävän henkilön toimintaan liittyen. Julkisen vallan käsittely myös avaa julkisten hankintojen sijoittumista yksityisen ja julkisen sektorin rajamaille, joka taas havainnollistaa lujalle ilmiön hankintasektorin ainutlaatuisuutta ja merkittävyyttä yhteiskunnallisella tasolla.

Julkinen hankinta voidaan jakaa tässä kohti kahteen osioon, joista ensimmäinen koskee varsinainen hankintalain sisältämien tarkkojen menettelysäännösten hyödyntämistä itse hankintaprosessin läpiviemisen aikana. Jälkimmäinen osio liittyy taas kilpailu- ja sopimusoikeudellisiin kiinnekehtiin prosessin loppuvaiheilla sidottavan hankintasopimuksen myötä.¹²³ Hankintatoimintaa pidetään kuitenkin selkeämmin julkisoikeudellisena sekä hallinto-oikeudellisena ilmiönä johtuen hankintalain sisältämistä tarkoista hankintayksikön toimintaa säätelevistä menettelysäännöksistä. Menettelysäännösten noudattamisen tulisi kuitenkin johtaa lopulta hankintasopimuksen tekemiseen¹²⁴, jonka vuoksi julkis- ja yksityisoikeuden yhteistoiminta on julkisia hankintoja tehdessä välttämätöntä. Näin ollen julkisista hankinnoista voidaan perustellusti puhua julkis- ja yksityisoikeuden leikkuupisteessä olevana toimintana. Keskustelu hankintatoiminnan sijoittumisesta yksityis- ja julkisoikeuden leikkauspisteeseen on relevantti siksi, että hankintatoimintaan liittyy myös kysymys siitä, onko toiminnassa kyseessä julkisen vallan käyttäminen vai ei. Jos kyseessä olisi puhtaasti yksityisoikeudellinen prosessi, olisi hankintatoiminnan näkeminen julkisen vallan käyttönä haasteellista.

Julkista valtaa voi olla esimerkiksi se, kun viranomainen tekee hallintopäätöksen, jolla on vaikutusta yksittäiseen oikeussubjektiin. Julkisen vallan käytöksi voidaan näin ollen siis laskea esimerkiksi viranomaisen päätös, jonka myötä yksityiselle toimijalle myönnetään tätä hyödyttävä etuus taikka oikeus.¹²⁵ Hankintatoiminnassa hankintayksikön voidaankin katsoa käyttävän julkista valtaa hankintapäätöksen tehdessään, sillä se myöntää yksipuolisella päätöksellään tätä vastapuolta edustavalle yksityiselle toimijalle tätä taloudellisesti hyödyttävän sopimuksen¹²⁶.

¹²³ Ks. tarkemmin Määttä & Voutilainen 2017. s. 44.

¹²⁴ Määttä & Voutilainen 2017. s. 44. Osapuolten välille solmittava hankintasopimus edustaa varsinkin selkeintä yksityisoikeudellista tunnuspiirteistöä.

¹²⁵ Mäenpää 2003. s. 15-16. Ks. myös Mäenpää 2017. s. 71 julkisen vallan määrittelystä. Julkinen valta voidaan jakaa Mäenpään mukaan hallintopäätösten tekemiseen, yleisten normien antamiseen sekä voimakeinojen käyttämiseen.

¹²⁶ Ks. myös Mäenpää 2003. s. 6 ja hallinnon tehtävien jaottelu. Julkiset hankinnat voisi nähdä kuuluvan esimerkiksi palvelujen tuottamisen ja etujen jakamisen alle taikka julkishallinnon harjoittaman taloudellisen toiminnan alle. Myös Määttä & Voutilainen 2017. s. 49-50 toteavat, että

Julkista valtaa voidaan katsoa myös käytettävän siinä vaiheessa, kun hankintayksikkö käyttää hankintavaltaansa pudottaessaan tarjoajia ulos kilpailutuksesta esimerkiksi tämän epäkelpoi-suuteen vedoten, sillä sen tarjoajaehdokkaiden perustellut pudotukset voidaan nähdä myös yksittäisinä hallintopäätöksinä. Hankintayksikkö tekee pudotuksessa päätöksen siitä, onko tarjoajaehdokas kelvollinen toteuttamaan hankittavan kohteen vaiko ei. Vastaavasti taas itse hankintasopimuksen solmimista ei enää pidetä julkisen vallan käyttönä, vaan tässä vaiheessa siirrytään lainsäädännön tulkinnassa pääosin yksityisoikeuden puolelle.¹²⁷

Kysymystä siitä, missä määrin hankintatoiminnassa on kyse julkisen vallan käyttämisestä, joutuvat pohtimaan myös kunnalliset toimijat. Esimerkiksi KuntaL 87 § säätee tehtävästä, jossa käytetään julkista valtaa. Tällaisissa tehtävissä tehtävää hoidetaan pykälän mukaan virkasuhteessa. Näin ollen kysymys hankintatoiminnan julkisen vallan käytöstä pystyy vaikuttamaan esimerkiksi kunnallisten hankintayksiköiden henkilöstön kokoonpanoon. Saman pykälän 2. momentin mukaan virkaa ei tarvitse kuitenkaan perustaa perustellusta syystä, vaan tehtävää voidaan hoitaa tällöin myös virkasuhteen kautta. Käytännössä pykälää on kuitenkin voitu kunnissa soveltaa siten, että hankintapäätökset tekee viran omaava hankintapäällikkö, jonka alaisuudessa on hankinta-asioita valmistelevia työntekijöitä. Näin ollen varsinainen julkisen vallan käyttö rajoittuu hankintapäällikölle.

4.1.3 Julkisten varojen käytöstä

Siitäkin huolimatta, ettei julkisen hankinnan jokaista menetelmävaihetta voida pitää julkisen vallan käyttönä, on julkisten varojen käyttäminen itsessään nähty julkisen vallan käyttönä¹²⁸. Julkiset varat ovat siis julkisyhteisöjen käytössä olevia varoja, jotka ne ovat saaneet esimerkiksi verottamalla kansalaisia. Kunnallisella tasolla varoja voidaan kerätä esimerkiksi kunnallisveron kautta. Lisäksi kunnallisella tasolla myös esimerkiksi erinäiset valtionavustukset ovat merkittävä osa julkisia varoja. Seuraavassa pureudutaan tarkemmin näiden varojen käyttöön julkisissa hankinnoissa.

Eurooppa 2020 –strategian mukaan julkisissa hankinnoissa tulee varmistaa julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttäminen. Strategian sisältämää tavoitetta on syytä verrata vanhojen hankintadirektiivien tavoitteisiin ja niihin syihin, miksi hankintasektoria alettiin alkujaan säädellä unionin sisämarkkinoiden tasolla. Alkujaan sääntelyn tavoitteena ollut julkisten varo-

¹²⁷ Määttä & Voutilainen 2017 s. 50

¹²⁸ Määttä & Voutilainen 2017. s. 50

jen mahdollisimman tehokas hyödyntäminen on muuttunut entistä enemmän myös muut yhteiskunnalliset tavoitteet huomioonottavaksi. Vaikka varsinaisia hankintalainsäädännön tavoitteita on nykyisin huomattavissa määrin enemmän kuin aiemmin, voidaan kuitenkin nähdä esimerkiksi Eurooppa 2020 –strategian myötä, ettei julkisten varojen tehokkaamman käyttämisen tavoite ole yhtään vähempää relevantti uusien direktiivien myötä. Esimerkiksi pitkän aikavälin kasvuun tähtäävään älykkääseen kasvuun päästään edelleen huolehtimalla siitä, että julkisia varoja käytetään mahdollisimman tehokkaasti.¹²⁹ Jos julkisia varoja ei hoideta tehokkaasti, ei resursseja jää muidenkaan tavoitteiden saavuttamiseen.

Julkisia varoja käyttävät siis pääasiassa valtio sekä kunnat¹³⁰. Valtion julkisten varojen käytön tulee olla suunnitelmallista. Tämä suunnitelmallisuus näkyy esimerkiksi valtion talousarvion myötä. Talousarvioon liittyy myös siitä sääteleviin budjettiperiaatteisiin kuuluva perustuslain 84 §:stä johdettava täydellisyysperiaate. Periaatteen mukaan valtion tasolla esimerkiksi ministeriöiden tulee pystyä arvioimaan omat vuotuiset menonsa ja määrärahansa. Nämä menot koostetaan samaisen säädöksen mukaan valtion talousarvioon. Talousarvion kautta varojen käytölle saadaan valtuutus niiden käyttämiseen kyseisenä varainhoitovuonna.¹³¹ Myös julkisiin hankintoihin käytettävät varat tulisi sisällyttää talousarvioon.

Samat täydellisyys- ja suunnitelmallisuusperiaatteet vaikuttavat myös kuntien toimintaan. Kunnallisella tasolla keskeisiä julkisiin hankintoihin liittyviä asiakirjoja ovat kunnan koostamat kuntastrategia, talousarvio sekä taloussuunnitelma¹³². Kunnissa koostetaan KuntaL 37 §:n mukaan kuntastrategia, jossa otetaan huomioon kunnan taloudellinen tilanne sekä kunnan sen itselleen asettamat strategiset suuntaviivat. Kuntastrategiassa tulee ottaa huomioon muun muassa hankintoihin keskeisesti liittyvät palvelujen järjestämiseen ja tuottamiseen liittyvät kysymykset sekä kunnan tehtäviä koskevat laissa säädetyt palveluvelvoitteet¹³³. Näin ollen myös julkiset hankinnat ovat keskeinen osa kuntien kuntastrategiaa, sillä ne ovat merkittävä osa kunnallisten palveluiden järjestämistä. Kuntien tulee myös KuntaL 110 §:n mukaan koostaa ta-

¹²⁹ KOM (2010) 2020 lopull. s. 27

¹³⁰ Lisäksi esimerkiksi kirkolliset toimijat.

¹³¹ Ks. valtion talousarvion täyttämisestä Määttä & Voutilainen 2017 s. 137-138

¹³² Vaikkei julkisten varojen käytöstä säädetä suoraan hankintalaissa (Ks. Määttä & Voutilainen 2017. s. 21-22), on niiden tarkoituksenmukaisen ja tehokkaan käyttämisen vaatimus havaittavissa Eurooppa 2020 – strategian lisäksi muun muassa HankL 106 §:ssä ja sen kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valinnassa sekä luonnollisesti myös HankL 2 §:n mukaisessa julkisten varojen käytön tehokkuuden tavoitteessa.

¹³³ KuntaL 37 §. Palvelujen järjestämiseen ja tuottamiseen liittyvät kysymykset vastaavat esimerkiksi siihen, mitä palveluita kunta toteuttaa julkisina hankintoina. Määttä & Voutilainen 2017. s. 141

lousarvio, jossa otetaan huomioon koko kuntakonsernin vastuut ja velvoitteet. Talousarvio pitää sisällään myös kunnan vastuiden ja velvoitteiden toteuttamiseen liittyvät määrärahat, joiden avulla itse hankinnat myöhemmin toteutetaan. Määrärahojen merkitseminen talousarvioon on keskeistä siksi, että julkisen hankinnan toteuttamisen ehtona voidaan pitää sitä, että kyseiseen hankintaan on varattu määräraha talousarviossa¹³⁴. Talousarvion lisäksi hyväksytään myös taloussuunnitelma kolmeksi taikka neljäksi vuodeksi eteenpäin, mikä vastaa suunnitelmallisuusperiaatteen mukaista velvoitetta talouden suunnittelusta myös tulevaisuuteen¹³⁵.

Hankintatoiminnan lähtökohtana on pidetty sitä, että hankintakokonaisuudet ovat toiminnallisesti sekä taloudellisesti tarkoituksenmukaisimmalla tavalla toteutettuja¹³⁶. Tämän voidaan katsoa olevan myös julkisten varojen tehokkaan käytön näkökulmasta keskeistä, sillä toiminnallisesti taikka taloudellisesti epätarkoituksenmukaisten hankintojen tekeminen ei vastaa tehokkaan toiminnan vaatimusta. Vaatimukseen liittyy olennaisesti erinäisiä velvollisuuksia, jotka kunnallisen hankintayksikön tulee täyttää, jotta voidaan puhua tarkoituksenmukaisesta toteutuksesta. Ensinnäkin jo mainitun suunnitteluvastuun lisäksi hankintayksikön toimintaa ohjaa kilpailuttamisvelvollisuus. Kilpailuttamisvelvollisuus on HankL 1 §:stä johdettava velvoite, jonka mukaan hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten, kuin hankintalaki aiheesta säättää. Kilpailuttamisvelvollisuus velvoittaa hankintayksiköt kilpailuttamaan hankinnat silloin, kun laissa määritetyt kynnysarvot täyttyvät.

Kilpailuttamisvelvollisuuteen ja myös jo edellä esiteltyihin hankintatoimintaa ohjaaviin asiakirjoihin taas liittyy olennaisesti hankintojen ennakoidun arvon laskeminen. Esimerkiksi kunnan talousarvioon tulee sisällyttää arviot esimerkiksi jo tiedossa olevista hankintojen arvoista. Hankinnan ennakoidusta arvosta säättää tarkemmin HankL 27 §. Hankintayksikön tulee pystyä arvioimaan kunkin hankinnan ennakoitu arvo, sillä se määrittää hankintalain soveltamisen tarpeen. Jos esimerkiksi kynnysarvot eivät täyty, ei hankintalakia periaatteellisella tasolla tarvitse soveltaa, eikä hankintalain kilpailuttamisvelvoite suoranaisesti täyty. Määtän ja Voutilaisen mukaan ennakoidun arvon laskemisen voidaankin katsoa kertovan sen, sovelletaanko tapauksessa hallinto- vai hankintalakia. Hankintalain puolelle mentäessä hankinnan ennakoitu arvo

¹³⁴ Määttä & Voutilainen 2017. s. 142. Vrt. myös valtion tason talousarvioon. Ks. PL (11.6.1999/731) 84 §

¹³⁵ Tulevaisuusnäkökulmaan liittyy myös julkisissa hankinnoissa nykyisin paljon esillä olevat elinkaarikustannukset, joiden vuoksi yksikin hankinta saattaa näkyä talousarviossa useana vuonna. Ks. myös HankL 27 § ja ennakoidun arvon laskeminen sekä esimerkiksi Helsingin kaupungin talousarvio 2019 ja taloussuunnitelma 2019-2021.

¹³⁶ Määttä & Voutilainen 2017. s. 158

kertoo myös sen, millä tarkkuudella säädöksiä tulee soveltaa¹³⁷. Hankinnan ennakoitun arvon laskemiseen kannattaa hankintayksikön panostaa myös siitä syystä, että huolellinen laskenta toimii lopulta myös hankintayksikön eduksi. Tämä siksi, että virheellisesti laskettu arvo voi johtaa lopulta siihen, että hankintaprosessi joudutaan käynnistämään alusta. Esimerkiksi hankintayksikkö on aluksi voinut laskea, ettei hankinnassa ylitetä EU-kynnysarvoja. Tällöin hankinnan toteuttaminen on lainsäädännöllisestä näkökulmasta vapaampaa. Jos kuitenkin prosessin edetessä huomataan, että EU-kynnysarvot lopulta täyttyvätkin, tulee prosessi käynnistää uusiksi ja soveltaa EU-hankinnoille säädettyjä tarkempia säädöksiä. Tällöin esimerkiksi tiukemmat neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset tulevat voimaan.

Jotta hankinnan ennakoitu arvo olisi mahdollista määrittää, tulee hankintayksikön pystyä määrittelemään hankintakokonaisuus riittävällä tarkkuudella. HankL 31 §:n mukaan hankintaa ei saa kuitenkaan pilkkoa eriin tai laskea sen arvoa poikkeuksellisin menetelmin. Pykälän mukaan ei ole myöskään mahdollista liittää tavara- tai palveluhankintaa rakennusurakkaan. Lisäksi hankintojen keinotekoinen yhdistely itse hankintalain säädösten välttämiseksi on pykälän mukaan kiellettyä. Hankintakokonaisuuden määrittämiseen liittyvät myös kysymykset siitä, onko hankintaa tarkoituksenmukaista esimerkiksi jakaa pienempiin osiin, jotta esimerkiksi PK-yri-tysten osallistumismahdollisuudet paranevat itse hankinnan kilpailutukseen liittyen¹³⁸. Myös hankintayksikön riskienhallinnan näkökulmasta hankintojen pilkkominen voi olla perusteltua, sillä useammalle tuottajalle hankinta jaettuna myös riski jakaantuu useaan eri osaan¹³⁹. Näin ollen myös julkisten varojen käyttöäkin voidaan turvata riskialttiimmissa hankintakokonai-suuksissa.

Ottaen huomioon muun muassa edellä mainitut hankinnan ennakoitun arvon ja hankinnan koh-teen määrittelyn vaatimukset, on nähdäkseni ymmärrettävää, että julkiset hankinnat on yleisesti nähty haastavina kokonaisuuksina myös hankintayksiköiden näkökulmasta. Tämä siksi, että

¹³⁷ Määttä & Voutilainen 2017. s. 151. Ks. myös tarkemmin ennakoitun arvon laskemisesta HankL 27 §. Pykälän mukaan hankinnan ennakoitua arvoa laskettaessa perusteena on käytettävä suurinta maksettavaa kokonaiskor-vausta ilman arvonlisäveroa. Saman momentin mukaan arvoa laskettaessa on otettava huomioon myös vaihtoehtoiset toteutustavat erinäisine hankintamenettelyineen.

¹³⁸ Hankintayksiköllä myös hankintalain 75 § mukainen mahdollisuus tähän. Ks. Määttä & Voutilainen 2017. s. 160. Hankintayksikön on myös perusteltava syy, mikäli se ei jaa hankintakokonaisuutta osiin. Syiksi voidaan Määttän ja Voutilaisen mukaan lukea esimerkiksi jakamisen mahdollinen kilpailun rajoittamisen vaikutus, sopi-muksen teknisen toteutumisen vaikeus tai kalleus taikka ongelmat useiden sopimuskumppaneiden toiminnan koordinoimisessa, joka voi johtaa taas itse sopimuksen asianmukaiseen toteutumiseen.

¹³⁹ Määttä & Voutilainen 2017. s. 159

monimutkaistuvat hankintakokonaisuudet luovat omia haasteitaan liittyen kyseisiin velvoitteisiin. Hankintaprosessi haluttaisiin usein välttää, jolloin hankinta voitaisiin toteuttaa mahdollisimman suoraviivaisena hankintana¹⁴⁰. Esimerkiksi hankinnan ennakoidun arvon määrittäminen voi osoittautua hyvinkin hankalaksi prosessiksi, kun itse hankittavan kohteen olemus ei ole vielä prosessin alussa selvillä. Myös hankintakokonaisuuden määrittäminen tuottaa omat haasteensa monimutkaisissa kohteissa. Esimerkiksi kilpailullisen neuvottelumenettelyn ratkaisuvaihtoehtojen etsimisvaiheessa hankintayksiköllä ei tarvitse kovinkaan kattavia tietoja olla vielä siitä, miten se tarvitsemansa kokonaisuuden hankkii. Näin ollen hankintayksikön ei tarvitse tietää edes sitä, millaisella tuotteella taikka palvelulla se toteuttaa sen alkuperäisen tarpeen.

Vaikka hankintaprosessi nähdään haastavana kokonaisuutena, johon voi liittyä huomattavakin määrä epävarmuutta ja –tietoisuutta, kunta voi kuitenkin myös hyötyä hankinnan kilpailuttamisesta julkisten varojen tehokkaan käytön näkökulmasta. Osatoiminnon ulkoistamiseen voidaan päätyä esimerkiksi yksinkertaisen halvemman hinnan taikka kokonaistaloudellisen edullisuuden vuoksi. Hankinnan kohde voi olla esimerkiksi huomattavasti edullisempi ja kevyempi toteuttaa, kun se hankitaan oman organisaation ulkopuolelta organisaatiolta, jolla on hallussaan jo valmiiksi esimerkiksi tuotteen valmistamiseen tarvittava tietotaito. Esimerkiksi ICT-hankinnoissa kunnalla harvoin on käytettävissään sellaisia resursseja, joilla se pystyisi luomaan esimerkiksi kovinkaan laajoja ja monipuolisia järjestelmiä liittyen esimerkiksi kunnan asiakirjahallinnon hoitamiseen. Tällöin on huomattavasti edullisempaa hankkia kyseinen palvelu oman organisaation ulkopuolelta toimittajalta, jolta tarvittavat resurssit löytyvät jo valmiiksi¹⁴¹. Edullisempi hinta taikka muuten perusteltu kokonaistaloudellinen edullisuus on kunnan kannalta

¹⁴⁰ Muistettava on kuitenkin, ettei hankintalain ilmaisemaa kilpailutusvelvollisuutta kuitenkaan voida kevein perustein kiertää, vaan hankintayksiköllä on näyttövelvollisuus liittyen siihen, että kilpailuttamisvelvollisuuden poikkeukseen mahdollistaneet seikat todellakin ovat olemassa. Ks. aiheesta lisää esimerkiksi suorahankintoihin liittyen HankL 40 § sekä Määttä & Voutilainen 2017. s. 163. Suorahankintojen hyödyntäminen on HankL 40 § mukaan mahdollista esimerkiksi silloin, kun avoimessa taikka rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan tarjouksia taikka soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia. Lisäksi tässä tapauksessa suorahankinta on mahdollista vain silloin, kun alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta. Vrt. tätä neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksiin HankL 34 §.

¹⁴¹ Hankinta voidaan toteuttaa myös sidosyksikköhankintana, jos organisaation määräysvallan piiriin kuuluu asiantuntemusta omaava organisaatio. Ks. sidosyksikköhankinnoista tarkemmin esimerkiksi Määttä & Voutilainen 2017. s. 215 – 217. ICT-hankintaesimerkkiä käyttäen kunnalla voi olla oma it-organisaatio, joka voi pystyä jossain määrin toteuttamaan ICT-tuotteita tai palveluita. Ks. myös esimerkiksi hankintarenkaista valtion omistama Vimana Oy (vimana.fi). Vimana kilpailutti maakuntauudistukseen liittyen seitsemää asiantuntijapalvelukokonaisuutta. Ks. aiheesta uutinen alueuudistus.fi > artikkeli > *Vimanan hankintarengas kilpailuttaa seitsemää IT-asiantuntijapalvelukokonaisuutta*.

luonnollisesti toivotumpi, sillä esimerkiksi edullisempaan hintaan kilpailutuksen myötä päätyessä säästetyt resurssit voidaan käyttää esimerkiksi johonkin toiseen hankkeeseen¹⁴². Kokonaistaloudellinen edullisuus taas voi näkyä esimerkiksi tarjottavien palveluiden laadun parantumisena.

4.2 Hankintasäätelyn lähtökohdista

4.2.1 Annetun toimivallan periaate ja toissijaisuusperiaate

Hankintadirektiivi pitää sisällään paikka paikoin hyvinkin tarkkaa säätelyä aihepiiristä, johon sillä ei kiistatonta säätelyoikeutta ole. Alueiden komitea perusteli tätä säätelyn tarkkuuden epäoikeudenmukaisuutta vetoamalla ensiksikin SEU 5 artiklaan ja sen säätämään annetun toimivallan periaatteeseen¹⁴³. Periaatteen mukaan unioni voi toimia vain aloilla, joille jäsenvaltiot ovat sille toimivallan antaneet Euroopan unionin perussopimuksissa. Julkisiin hankintoihin liittyen tällaista toimivaltaa jäsenvaltiot eivät ole unionille suoraan antaneet. Alueiden komitea huomautti komissiota myös myöhemmin samasta aiheesta ja nosti esiin myös toissijaisuusperiaatteen. Alueiden komitean mukaan: ”ehdotus loukkaa jäsenvaltioiden oikeutta järjestää oma julkishallintonsa ja on toissijaisuusperiaatteen vastainen”¹⁴⁴.

Toissijaisuusperiaatteella tarkoitetaan SEU-sopimuksen 5 artiklassa sitä, että unioni voi toimia aloilla, joille sille ei ole suoraa toimivaltaa myönnetty jäsenvaltioiden toimesta, vain silloin kun jäsenvaltiot eivät pysty riittävän tehokkaasti keskushallinnon, alueellisella tai paikallisella tasolla saavuttaa ennalta asetettuja tavoitteita ja unionin tasolla asiasta säädettäessä tavoitteet voitaisiin saavuttaa huomattavasti tehokkaammin ja helpommin. Näin ollen komissio on vasta toissijainen vaihtoehto lainsäätäjäksi aloilla, jotka eivät suoraan kuulu unionin toimivaltaan. Komitean mukaan toissijaisuusperiaatteeseen sisältyvä mahdollisuus unionin tasoiselle tarkalle säätelylle ei kuitenkaan ollut tarpeellista. Komissio kuitenkin vastasi komitean kritiikkiin, että eivät jäsenvaltiot kykene saavuttamaan hankintadirektiiviin sisältyviä hankintasäätelyn tavoitteita, jos jäsenvaltioiden säätelyt poikkeavat toisistaan huomattavissa määrin. Komission mu-

¹⁴² Kuitenkin toteuttamalla lakisääteisen tehtävän ulkoistamalla tuotteen, palvelun tai muun hankittavan kohteen toteutuksen kunta eräällä tapaa luovuttaa omaa kontrolliaan hankittavasta kohteesta. Näin ollen esimerkiksi laadullisiin kysymyksiin vastaaminen voi olla haastavampaa juuri kyseisen kohteen osalta.

¹⁴³ EUVL C 391, 18.12.2012, s. 50

¹⁴⁴ EUVL C 391, 18.12.2012 s. 52

kaan unionin tasoisessa sääntelyssä ei myöskään ylitetty suhteellisuusperiaatetta, vaan hankintadirektiivin säädökset ovat oikeassa suhteessa direktiivissä asetettujen tavoitteiden suhteen.¹⁴⁵ Huomioitavaa on, että komissio ei ottanut direktiivissä kantaa itse annetun toimivallan periaatteeseen, vaan niputti sen samaan perusteluun toissijaisuusperiaatteen kanssa.

Nähdäkseni alueiden komitean esittämää kritiikkiä ei kuitenkaan pitäisi niputtaa yhden periaatteen alle, sillä kritiikissä on kyse näiden kahden periaatteen keskinäisestä suhteesta ja niiden tulkinnanvaraisuudesta. Toki voidaan nähdä, että komissiolle on annettu toimivalta toimia sisämarkkinoiden kehittämiseen ja ohjaamiseen esimerkiksi SEUT-sopimuksen kolmannessa osassa. Esimerkiksi 26 artiklan 3. kohdan mukaan neuvosto määrittelee komission ehdotuksesta ne suuntaviivat ja edellytykset, jotka ovat tarpeen tasapainoisen edistymisen takaamiseksi¹⁴⁶. Samalla voidaan kuitenkin edelleen pohtia sitä, missä annetun toimivallan ja toissijaisuusperiaatteen rajat menevät komission sisämarkkinoiden lainsäädännöllisessä ohjaamisessa ja miten varsinkin suhteellisuusperiaate limittyy näihin. Voiko komissio perustella direktiivien tarkkuutta ja jäsenvaltioiden kirjavien käytänteiden harmonisoinnista pelkästään esimerkiksi taloudellisella merkittävyydellä?

Aihepiiriin liittyen on huomautettava, että kansallisia hankintoja koskeva hankintasääntely on edelleen melko vapaamuotoista esimerkiksi hankintamenettelyn valinnan suhteen, jonka vuoksi direktiivien harmonisointitarkoitus koskettaa suurissa määrin vain EU-kynnysrajat ylittäviä hankintoja. Hankintasektori edustaa toki volyymistaan johtuen merkittävää osaa Euroopan unionin bruttokansantuotetta, jolloin aihepiiriä koskevan astetta tarkemman sääntelyn voidaan katsoa olevan sisämarkkinoiden näkökulmasta oikeutetumpaa kuin jonkin vähemmän taloudellisesti merkittävien sisämarkkinoiden koskevan sääntelyn kohdalla. Tulkinnanvaraisuus ja ongelman alkulähde ei aiheen tiimoilta kuitenkaan poistu hankintasektorin volyymiin vedoten.

4.2.2 Oikeuslähteiden merkityksestä julkisissa hankinnoissa

Euroopan unionin perussopimukseen liittyvien ongelmallisuuksien jälkeen on johdonmukaista tarkastella oikeuslähteiden merkitystä julkisissa hankinnoissa yleisesti. Oikeuslähteet kertovat

¹⁴⁵ Hankintadirektiivi 2014/24/EU kohta 136. s. 90. Hankintadirektiivin sääntelyn tarkkuuden johdosta myös Suomen hankintalainsäädäntö pohjautuu hyvin pitkälti jo hankintadirektiivissä käytettyihin artikloihin. Tämä johtuu luonnollisesti siitä, etteivät direktiivit juuri jätä jäsenvaltioiden lainsäätäjille tilaa artiklojen muokkaamiseen.

¹⁴⁶ Ks. tarkemmin SEUT-sopimuksen 26 artikla sekä 27 artikla.

Hirvosen mukaan siitä, mikä on oikeutta. Oikeuslähteisiin tukeutumalla voidaan muodostaa erinäisiä ratkaisu- ja tulkintaperusteita, joiden kautta itse ongelma voidaan perustellusti ratkaista. Oikeuslähteet voidaan jakaa muodollisiin, mutta myös aineellisiin lähteisiin. Muodolliset oikeuslähteet sisältävät esimerkiksi kirjoitetun lakitekstin lisäksi myös tuomioistuinten ratkaisut. Aineellisiksi lähteiksi voidaan laskea taas Hirvosen mukaan harkinnanvaraiset oikeusperiaatteet, oikeusnormien arvot sekä lain tavoitteet.¹⁴⁷

Myös julkisia hankintoja koskevat oikeuslähteet voidaan jakaa näihin kahteen osioon. Julkisia hankintoja koskevia muodollisia oikeuslähteitä ovat kirjoitettu hankintalainsäädäntö sekä eriasteisten tuomioistuinten ratkaisut. Aineellisiksi lähteiksi voidaan sen sijaan laskea tulkintatavasta riippuen esimerkiksi hankintadirektiivissäkin esiintyneet hankintalainsäädännölle asetetut tavoitteet.

Toinen merkittävä tapa jakaa oikeuslähteitä vahvasti velvoittavien, heikosti velvoittavien sekä sallittujen oikeuslähteiden välillä. Vahvasti velvoittavista oikeuslähteistä selkein on kirjoitettu laki. Heikosti velvoittavista oikeuslähteistä keskeisimmät esimerkit ovat esimerkiksi hallituksen esitykset laeista sekä oikeustapaukset. Sallittuihin oikeuslähteisiin luetaan taas esimerkiksi oikeuskirjallisuus sekä erinäiset oikeusperiaatteet ja seuraamusargumentit.¹⁴⁸

Oikeuslähteiden luokittelu ja jakaminen erinäisiin luokkiin auttaa tulkitsemaan varsinkin hankintalainsäädäntöä. Tämä siksi, että myös heikosti velvoittavilla oikeuslähteillä voidaan katsoa olevan hankinta-asioissa korostunut merkitys johtuen kirjoitetun lainsäädännön tulkinnanvaraisuudesta. Vaikka hankintalaki on paikoitellen hyvinkin tarkasti hankintayksikön toimintaa säätelevä menettelytapalaki, on lakiin jätetty myös aukkoja turvaamaan muun muassa lain joustavuutta. Lakia säädettyäessä ei kaikkia mahdollisia tapahtumaketjuja voida myöskään ottaa huomioon, mikä myös johtaa siihen tilanteeseen, ettei kaikkiin tapauksiin ole löydettävissä siitä tarkasti säätävää pykälää.

Kirjoitetun lain suhteen myös lain sanamuotojen tulkintaan voidaan joutua hakemaan tarkennusta muista oikeuslähteistä¹⁴⁹. Tällöin joudutaan turvautumaan eri lailla velvoittavien oikeuslähteiden tulkitsemiseen. Hankintalainsäädännön tulkinnallisuus aiheuttaa merkittäviä määriä

¹⁴⁷ Hirvonen 2012. s. 151.

¹⁴⁸ Määttä & Voutilainen 2017. s. 74-75

¹⁴⁹ Ks. lain sanamuodon tulkinnasta Määttä & Voutilainen 2017. 2.4 lain sanamuoto. Lain sanamuodon tulkintaan liittyy ongelmia esimerkiksi silloin, kun siitä aletaan tinkiä ja joustaa liikaa. Sanamuodoista tinkiessä ja jouduttaessa voidaan myös lopulta koko lakia alkaa tulkita huomattavan eri lailla kuin lainvalmistelija on sen tarkoittanut. Vrt. esimerkiksi HankL 25 §:n ja HankL 2 §:n sanamuotojen joustavuuden eroja.

tulkintaongelmia. Määtän ja Voutilaisen mukaan eräänlaisena nyrkkisääntönä ongelmien määrään voidaan katsoa liittyvän suoraan siihen, kuinka tarkkaan kyseinen säädös on säädetty¹⁵⁰. Esimerkiksi tarkasti säädetyt kynnsarvoja koskevat säädökset ovat yksinkertaisia tulkittavia, eikä niihin liity tulkinnallisia ongelmia. Kuitenkin vastaavasti lain tavoitteista säättävät runsasta tulkinnanvaraisuutta sisältävät säädökset ovat jo huomattavasti hankalampia.

Epäselvissä tapauksissa ratkaisu- ja tulkintaperusteita haetaan julkisiin hankintoihin liittyvissä ongelmissa useimmiten hankintalainsäädännön esitöistä sekä tuomioistuinten ratkaisujen kautta. Markkinaoikeuden ratkaisuissa viitataan usein lakien esitöihin, jolloin varsinkin HE 108/2016 vp näkyy tavanomaisimmissa ratkaisuissa usein. Huomattavaa esitöihin liittyen on lisäksi se, että etusijajärjestyksessä valiokuntamietinnöt menevät hallituksen esitysten edelle, joskin ne harvemmin näkyvät itse oikeustapausten ratkaisuissa. Esityöt pitävät etusijajärjestyksestä huolimatta kuitenkin jokainen sisällään hankintalainsäädännön tarkempaa avaamista sekä perusteluja liittyen siihen, mitä lainsäätäjä on kyseisellä pykälällä lopulta tarkoittanut. Näin ollen esimerkiksi tulkinnanvaraisille lakipykälille voidaan saada tarkempi merkitys valiokuntamietintöjen, hallitusten esitysten taikka erinäisten työryhmien mietintöjä tarkastelemalla.

Ratkaisu- ja tulkintaperusteita voidaan saada käsillä olevan hankintoihin liittyvän ongelman ratkaisemiseen myös niin kutsutun vakiintuneen oikeuskäytännön kautta. Oikeustapauksista niin Euroopan unionin tuomioistuimen, KHO:n ja markkinaoikeuden ratkaisut muodostavat kokonaisuuden, jonka avulla on mahdollista luoda erinäisiä *ennakkopäätössääntöjä*¹⁵¹. Tällöin ratkaisuista voidaan koostaa kuhunkin uuteen tapaukseen sopiva eräänlainen kehys, jonka avulla eteen tulevaa ongelmaa voidaan pyrkiä ratkomaan. Näiden ennakkopäätössääntöjen merkitys on julkisissa hankinnoissa keskeinen, sillä eteen tulevat ongelmat eivät useinkaan vastaa toisiaan täysin. Tällöin pelkästään yksittäisen oikeustapauksen ratkaisu ei tarjoa kattavaa tulkintaa juuri kyseisen tapauksen ratkaisuun, vaan riittävät ratkaisu- ja tulkintaperusteet voidaan saavuttaa vain useita eri tapauksia yhdistelemällä. Oikeustapaukset ovat toki muokanneet hankintalainsäädäntöä itsessään, joka huomataan jo siitä, että yhtenä hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksen tavoitteena oli oikeuskäytännön ja kirjoitetun lain yhdenmukaistaminen.

¹⁵⁰ Määttä & Voutilainen 2017. s. 65

¹⁵¹ Määttä & Voutilainen 2017. s. 91. Viittauksessa korostetaan ennakkopäätössääntöjä Euroopan unionin tuomioistuimen päätösten johdannaisten. Nähdäkseni kuitenkin kansallisella tasolla myös kansallisten tuomioistuinten ratkaisut voidaan liittää osaksi tällaisia sääntöjä, sillä myös ne pitävät sisällään prejudikaattimaista hankintalainsäädännön tulkintaa.

MAO:98/19 tapauksessa vakiintunut oikeuskäytäntö sekä hankintalain esityöt toimivat yhtenä osana tapauksen ratkaisussa. Markkinaoikeus viittasi ratkaisussaan hankintalain 104 §:ä ratkaisun perusteena käyttäessään hankintalain esitöihin (HE 108/2016 vp), jonka mukaan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön erotessa sisällöltä toisistaan, noudatetaan ensisijaisesti hankintailmoitusta.

Kuten aiemmin on jo käynyt ilmi, markkinaoikeuden suurin asiaryhmä ovat hankinta-asiat, joten hankintalainsäädännön tulkintaa löytyy varsinkin markkinaoikeuden kautta runsaasti. Lisäksi kuitenkin myös KHO ratkoo vuosittain muutamia hankintatapauksia EU-oikeudellisen *Acte clair*-periaatteen mukaisesti¹⁵². KHO myös referoi omissa päätöksissään Euroopan unionin tuomioistuinten päätöksiä.

KHO:2017:139 tapauksessa hankintayksikkö oli hankintamenettelyn aikana muuttanut hankinnan kohdetta koskevaa määrittelyään sekä asettamiaan vertailuperusteita. KHO viittasi ratkaisussaan unionin tuomioistuimen asiaan C-298/15, Borta. Tuomiossa unionin tuomioistuin oli lausunut viitaten omaan oikeuskäytäntöönsä, ettei hankintayksikkö voi lähtökohtaisesti muuttaa hankintamenettelyn aikana hankintasopimusten olennaisien ehtojen ulottuvuutta.

Tosiasiallisesti kuitenkin markkinaoikeuden tapaukset ohjaavat kansallisen hankintalainsäädännön oikeuskäytäntöä, sillä MAO:n tapausten määrä suhteessa KHO:n tapauksiin on suuri. Oikeuskäytännön tulkitseminen johdonmukaisesti on haastavaa, sillä tapaukset vastaavat hyvin harvoin täydellisesti toisiaan. Näin ollen esimerkiksi oikeuskäytäntöön sen suuremmin tutustuneen henkilön voi olla haastavaa huomata tapauksia tarkastellessaan kaikkia niitä seikkoja, jotka erottavat tapaukset toisistaan. Tästä taas voi johtua se, että jotakin ratkaisua tulkitaan väärin, kun sitä peilataan omaan tilanteeseensa huomioimatta kaikkia olennaisia ratkaisuun vaikuttaneita seikkoja. Tapauksia vertailtaessa olennaisen erottaminen suhteessa uuteen tapaukseen voi olla vaikeaa myös esimerkiksi esitöihin paremmin tutustuneelle.

¹⁵² Ks. kansallisten oikeustapausten prejudikaattiluonteesta ja niihin sisältyvästä ongelmallisuudesta esim. Määttä & Voutilainen 2017. s. 97-105. Esimerkiksi KHO:n ratkaisut jaetaan vuosikirjaratkaisuihin, ratkaisuselosteisiin sekä julkaisemattomiin päätöksiin. Luokittelusta johtuva päätösten muuttuva prejudikaattiluonteisuus luo haasteita hankintalain tulkitsijalle, sillä eri luokkiin kuuluvat päätökset vaikuttavat lain tulkintaan eri asteisesti. Myös ennakkopäätösten ikä sekä se, onko asian ratkaisusta äänestetty – voivat olla merkittävässä roolissa silloin, kun pohditaan kyseisen ratkaisun hyödynnettävyyttä tulevaisuuden ongelmassa. Ks. *Acte clair*-periaatteesta esimerkiksi Limante 2016 s. 1384-1385. Periaatteen mukaan KHO:n ei tarvitse pyytää Euroopan unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua silloin, kun EU-oikeudellisen ongelman ratkaisu on niin selkeä, ettei tapausta voida ratkaista toisin päin. Vrt. SEUT 267 artiklaan.

Hankintayksikön näkökulmasta ylipäättään muiden oikeuslähteiden kuin itse hankintalain merkityksen punnitseminen voi olla haastavaa. Usein niiden merkitys korostuu myös vasta riittautumisvaiheessa, jolloin viimeistään tuomioistuin tulkitsee niitä. Oikeudellisen asiantuntemuksen määrästä riippuen hankintayksikkö ei välttämättä osaa ottaa toiminnassaan huomioon esimerkiksi lain esitöitä taikka aiempaa oikeuskäytäntöä. Monimutkaistuvat hankintaprosessit myös ovat vaikeuttaneet jopa itse hankintalain tulkintaa ja soveltamista siten, ettei tapauksissa ole ollut aivan selvää, mikä osa järjestelyssä kuuluu hankintalain soveltamisen alle ja mikä taas ei¹⁵³. Esimerkiksi vastaan voi tulla tilanne, jossa joudutaan pohtimaan sitä, sovelletaanko tapauksessa hallintolakia vaiko hankintalakia, jolloin samaa ongelmaa toisen lain näkökulmasta tulkittaessa voidaan päätyä hyvinkin erilaisiin ratkaisuperusteisiin ja näin ollen myös ratkaisuun. Muihin lakeihin liittyen on mainittava myös se, että tapauksissa voidaan soveltaa myös muuta lainsäädäntöä, joskaan ne eivät useinkaan ole ratkaisevassa roolissa itse ongelman suhteen. Esimerkiksi hallintolainkäyttölain (586/1996) 74 §, joka määrää oikeustapauksen asianosaisten oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta¹⁵⁴.

4.2.3 Lainsäädännön tavoitteet hankintamenettelyissä

Hankintayksikön yksi keskeisimmistä sen omaa harkintavaltaa vaativa päätös on se, millä hankintamenetelmällä se toteuttaa julkisen hankinnan. Hankintayksikköä sitoo edelleen myös lainsäädännöstä johdettava velvoite käyttää sen hallitsemat julkiset varat mahdollisimman tehokkaasti ja tuloksellisesti. Myös muut hankintalain 2 §:ssä asetetut tavoitteet ovat enenevässä määrin määrittämässä sopivan hankintamenettelyn sekä lopulta myös tarjoajan valintaa. Näihin lainsäätäjän asettamiin tavoitteisiin liittyen voidaan kysyä sitä, kannustavatko ne minkälaisen menetelmän valintaan. Voidaanko julkisten tarpeiden täyttämiseen liittyen kaikkiin hankintalainsäädännöstä johdettaviin tavoitteisiin päästä hyödyntämällä esimerkiksi neuvottelumenettelyjä? Seuraavassa avataan tätä neuvottelumenettelyjen suhdetta hankintalainsäädännöstä johdettaviin tavoitteisiin.

¹⁵³ Ukkola 2013. s. 262

¹⁵⁴ Määttä & Voutilainen s. 63

Hankintadirektiivin tavoitetta liittyen hankintalainsäädännön yleiseen joustavoittamiseen sekä yksinkertaistamiseen ajettiin pääasiassa niin kutsutulla välinevalikoiman parantamisella (tool-box approach)¹⁵⁵. Jo komission julkaisemassa vihreässä kirjassa oltiin nostettu esiin tarve hankintaviranomaisten keinovalikoiman parantamiselle. Kyseisessä asiakirjassa hankintaviranomaiset sekä muut sidosryhmät olivat toivoneet kevyempiä ja joustavampia menettelyjä, joilla pystyttäisiin vastaamaan monimutkaistuviin hankintakokonaisuuksiin.¹⁵⁶ Direktiivissä tämän keinovalikoiman parantamisen ja laajentamisen voidaan katsoa keskittyneen erityisesti neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten laajentamiseen.¹⁵⁷

Neuvottelumenettelyt ovat usein ensisijainen valinta hankintamenetelmäksi, kun kyseessä on monimutkainen hankintakokonaisuus. Tämä siksi, että ne tarjoavat hankintayksiköille eniten joustoa tilanteessa, jossa hankinnan lopullinen sisältö sekä muut ratkaisuvaihtoehdot ovat vielä ainakin osittain tuntemattomia. Neuvotteluja käymällä hankintayksikkö voi tarkentaa omia tarpeitaan sekä tarkastaa tarjoajien ehdotusten sopivuuden suhteessa sen itse hankinnalle asetettuihin vaatimuksiin. Suoraviivaisemmat hankintatavat, kuten avoin ja rajoitettu menettely eivät tällaista mahdollisuutta tarjoa. Jälkimmäiset menettelyt ovat toki toimineet pääasiassa hyvin vanhoissa yksinkertaisissa hankintatapauksissa, joissa yksi hankintayksikkö hankkii organisaatiolleen esimerkiksi erän tavanomaista käyttötavaraa. Tällöin neuvottelujen käyminen toimisi lähinnä hankintaprosessin turhana monimutkaistajana, eikä näin ollen olisi myöskään julkisten varojen tehokkaan käytön näkökulmasta tehokasta. Koska hankinnoissa on yhä harvemmin kyse edellä mainitun kaltaisista yksinkertaisista tapauksista, neuvottelumenettelyjen avarretut käyttömahdollisuudet tarjoavat kaivattua lisäjoustoa hankinnan tarkoituksenmukaiseen toteutukseen.

Hankintamenettelyjen joustavuuden näkökulmasta on huomioitava myös uusi innovaatiokumppanuus, josta säädetään HankL 38-39 §:ssä. Menetelmässä hankitaan tuote, palvelu taikka rakennusurakka, joka pitää sisällään jonkin innovatiiviseksi luettavan ominaisuuden.

¹⁵⁵ Yksinkertaistamisella tarkoitettiin esimerkiksi hankintalainsäädännön sisältämien viittausten poistoa sekä lainsäädännön ja oikeuskäytännön yhdentämistä. Joustavuuden lisäämisellä taas tarkoitettiin esimerkiksi hankintasopimusten tekemisen joustavoittamista sekä parempien edellytysten luomista sille, että hankintatoiminnassa pystytään ottaa huomioon myös muita yhteiskunnallisia tavoitteita. Ks. esimerkiksi HE 108/2016 vp. s. 6 ja s. 12 ja hallinnollisen taakan purusta HE 108/2016 vp. s. 33

¹⁵⁶ KOM (2011) 15 lopull. 2011. s. 12-13

¹⁵⁷ Ukkola 2013 s. 262 ja Pekkala et. al. 2017 s. 31-32. Keskeiset muutokset liittyen hankintamenettelyjen joustavoittamiseen koskivat neuvottelumenettelyjä. Lisäksi hankintadirektiivissä mainitaan suoraan, että mahdollisuutta neuvottelujen käymiseen on helpotettava joustavoittamalla neuvottelumenettelyjä koskevaa lainsäädäntöä. Ks. hankintadirektiivi 2014/24/EU. s. 71.

Hankintojen kontekstiin liittyen innovaatiolla tarkoitetaan tarkemmin jotakin uutta ja edistyksestä seikkaa liittyen esimerkiksi tavaran ominaisuuksiin. Tällaista ominaisuutta sisällään pitävää tuotetta ei markkinoilta saatavissa kohteissa vielä ole¹⁵⁸. Tämä seikka voi tehdä tuotteesta esimerkiksi huomattavasti kokonaistaloudellisesti edullisimman kuin tuote ilman tätä ominaisuutta. Pekkanen et. al. mukaan menetelmää käyttämällä ostetaan: ”tuloksia eikä tiettyä toteutustapaa tai ratkaisumallia”¹⁵⁹. Käytännön esimerkkinä innovaatiomenetelmällä voidaan esimerkiksi pyrkiä hankkimaan palvelu, joka pääsee samoilla resursseilla esimerkiksi huomattavasti ilmastoystävällisempään ratkaisuun.

Itse menetelmä ei eroa neuvottelumenettelyistä merkittävästi, sillä innovaatiota sisältävän tuotteen hankintaprosessi koostuu juurikin neuvotteluista sekä erinäisestä muusta viestinnästä. Kuitenkin menetelmän nimeen sisältyvä kumppanuus kuvaa menetelmien eroja hyvin. Innovaatio rakennetaan menettelyn kautta nollasta, eli kyseistä haluttua tulosta ei ole vielä olemassa. Sen sijaan neuvottelumenettelyissä tämä tuotteen kehitystyö ei korostu. Kehitystyö myös jatkuu usein pidemmän aikaa verrattuna neuvottelumenettelyihin ja itse tuotetta saatetaan kehittää myös laajemmin sopimuskauden edetessäkin.

Joustavuuden ja yksinkertaistamisen tavoitteen näkökulmasta innovaatiomenetelmä vastaa vihreän kirjan sidosryhmien toivetta joustavammille hankintamenettelyille. Neuvottelumenettelyihin verrattuna innovaatiomenetelmän joustavuus menee pidemmälle, sillä se mahdollistaa haluttuun *tulokseen* kohdistuvan hankintaprosessin aloittamisen. Tuotteen ei tarvitse hankintaprosessia aloittaessa olla olemassa, mutta se voidaan kehittää prosessin edetessä. Vaikka neuvottelumenettelyjäkin voidaan käyttää tilanteissa, joissa hankittavaan kohteeseen sisältyy suunnittelua taikka innovatiivisia ratkaisuja, ovat neuvottelumenettelyt profiloituneet kuitenkin enemmän erinäisten ratkaisumalliin liittyvien monimutkaisuuksien ratkaisemiseen, kuin itse tuotteeseen liittyvien seikkojen ratkaisemiseen. Esimerkiksi näistä monimutkaisista ratkaisumalleista elinkaarimallit, joissa neuvottelumenettelyjä on perinteisesti käytetty. Innovaatiokumppanuutta hyödynnetäänkin enemmän esimerkiksi korkeaa teknologiaa vaativissa hankinnoissa¹⁶⁰. Toki lainsäädännön yksinkertaistamisen tavoitteeseen suhteutettuna voi hankin-

¹⁵⁸ Myös menetelmän hankintalain 38 §:ssä säädetty käyttöedellytys liittyy tähän hankittavan tuotteen innovatiiviseen luonteeseen. Menetelmää voidaan käyttää vain silloin, kun hankintayksikön tarpeita ei voida toteuttaa olemassa olevilla ratkaisuilla.

¹⁵⁹ Pekkanen et. al. s. 233

¹⁶⁰ Ks. esimerkiksi Edquist et. al. 2000. teknologiaan liittyvistä hankinnoista. Ks. myös esimerkiksi valtion omistama Motiva-yhtiö, joka neuvoa muun muassa julkishallintoa kestävien hankintojen toteuttamisessa.

tayksiköille tuottaa haasteita valita esimerkiksi kilpailullisen neuvottelumenettelyn ja innovaatiokumppanuuden valinnan välillä, sillä samankaltaiset käyttöedellytykset voivat sekavoittaa hankintayksikön lain tulkintaa suhteessa oikean ja tarkoituksenmukaisimman hankintamenettelyn valinnassa.

Joustavuutta ja lainsäädännön yksinkertaistamista pohtiessa on syytä muistaa, että tavoitteen vaikutukset eivät ole pelkästään aukottomasti positiivisia. Muun muassa vihreässä kirjassa nostettiin esiin se, että joustavuuden lisäämisen ja hankintalainsäädännön yleisen yksinkertaistamisen riskinä on, että hankintayksikön lisääntyvän harkintavallan myötä esimerkiksi perusteen suosiminen lisääntyy. Tästä johtuen tavoitetta tulee pohtia myös mahdollisen korruption ja harmaan talouden lisääntymisen kannalta¹⁶¹. Vihreässä kirjassa mainittiin myös, että joustavuudesta aiheutuvia etuja päästään hyödyntämään vain silloin, kun hankintayksiköllä on riittävä asiantuntemus, tietämys markkinoista sekä riittävät neuvottelutaidot.¹⁶² Hankintayksikkö voikin edelleen tehdä neuvottelumenettelyistä itselleen liian tiukasti säänneltyjä siten, että se määrittelee tarjoajilta vaadittavat vähimmäisehdot sekä valintaperusteet liian tiukaksi heti prosessin alussa, jonka jälkeen näistä seikoista ei voida enää neuvotella kyseisen hankintaprosessin aikana.

Ympäristö- ja sosiaalisten näkökulmien korostuminen hankinnoissa näkyy yleisesti kaikissa hankintamenettelyissä¹⁶³. Tarjoajaehdokkaiden poissulkeminen on esimerkiksi mahdollista erinäisiä ympäristöllisiä ja sosiaalisia soveltuvuusvaatimuksia ehdokkaille asettamalla. Aiheesta säättää HankL 81 §, joka antaa mahdollisuuden sulkea tarjouskilpailun ulkopuolelle tarjoajan, joka on laiminlyönyt lain C-liitteessä lueteltuja kansainvälisten sopimusten ympäristöllisiä ja sosiaalisia velvoitteita ja hankintayksikkö pystyy tämän osoittamaan. Menettelyissä voidaan esimerkiksi asettaa myös erinäisiä vertailuperusteita liittyen esimerkiksi hankintojen ympäristöllisiin taikka sosiaalisiin perusteisiin liittyen.

¹⁶¹ Väärinkäytöksiä voi ilmetä luonnollisesti myös tarjoajien puolella. Esimerkiksi erinäiset konsortiojärjestelyt voivat paljastua lopulta tarjouskartellien piirteitä omaaviksi yhteenliittymiksi. Ks. myös kumppanuuskehityksestä ja sen kasvusta Tienhaara et. al. 2016 sekä Salminen 2015. s. 38 kumppanuuden haittapuolista. Tarjouskartellit voivat näkyä esimerkiksi tarjoajien peitetarjouksina, tarjouksesta pidättäytymisenä, tarjousten vuorotteluna sekä markkinoiden jakamisena. Ks. Määttä & Voutilainen 2017. s. 242-247

¹⁶² KOM (2011) 15 lopull. s. 15-16

¹⁶³ Lisäksi aiheesta keskustellaan enenevissä määrin. Ks. esimerkiksi ekologisiin hankintoihin liittyen komission vuonna 2017 julkaisema esite: ”Public procurement for a circular economy”.

Huomattava kuitenkin on, että sosiaalisen näkökohtien huomioon ottamista julkisissa hankinnoissa voidaan katsoa kuitenkin säädettävän tarkemmin kuin ympäristöystävällisistä hankinnoista¹⁶⁴. Suomen hankintalainsäädännössä hankintadirektiivin uudet sosiaalipalveluja ja muita erityisiä palveluita koskevat artikkelit näkyvät HankL 12 luvussa, jossa säädetään sosiaali- ja terveystalouden palveluihin sekä muihin erityisiin palveluhankintoihin liittyvistä julkisista hankinnoista¹⁶⁵. Hankintayksikön tulee lisäksi ottaa huomioon myös esimerkiksi sosiaalihuoltolaki (1301/2014) ja muu aihepiiriin liittyvä lainsäädäntö. Itse hankintamenettelyn valinnasta säättää HankL 109 §, jonka mukaan hankintamenettelyn on oltava HankL 3 §:n mukaisten periaatteiden mukainen.

Neuvottelumenettelyissä menettelyjen joustavuus mahdollistaa ympäristö- ja sosiaaliin seikkoihin liittyvien seikkojen tarkemman avaamisen. Siitä huolimatta, että myös avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä hankintayksikkö voi HankL 90 §:n mukaan pyytää tarjoajilta selvityksiä sen suhteen, miten tarjoajaehdokkaan tarjous vastaa hankinnalle osoitettuja ympäristöllisiä tai sosiaaliin seikkoihin liittyviä laadullisia kriteeristöjä, tulee avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä raja vastaan esimerkiksi tarjoajien ja hankintayksikön välillä käytävän dialogin suhteen¹⁶⁶. Tällöin hankintayksikkö ei voi esittää tarkentavia kysymyksiä tarjoajille liittyen esimerkiksi itse hankinnan ympäristöystävällisyyden asteeseen. Neuvotteluissa käytävän dialogin avulla hankintayksikkö voikin selvittää tarjottavan tuotteen, palvelun taikka rakennusurakan vastaavuutta hankintayksikön omiin tarpeisiin huomattavasti tarkemmin kuin avoimessa taikka rajoitetussa menettelyssä. Mahdollisen dialogin käymisen vaarana voisi avoimessa ja rajoitetussa menettelyssä olla erityisesti HankL 3 §:n mukaisten tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden vastainen toiminta.

Ympäristöystävällisempien hankintojen toteutuksessa kilpailullinen neuvottelumenettely on hyvä työkalu silloin, kun hankinta halutaan toteuttaa olemassa olevilla tuotteilla. Jos hankin-

¹⁶⁴ Laki on myös kokenut lainsäädännön tasolla muutoksia. Ensinnäkin A- ja B-palveluluokat poistettiin lakiuudistuksessa. Alueiden komitea oli poistoa vastaan. Komitean mukaan hankintadirektiivin uudet artikkelit 74-76 olisi pitänyt poistaa ja uudistuksessa poistetut palveluluokat säilyttää. Ks. EUVL C 391, 18.12.2012 s. 50-52 vrt. alueiden komitean perusteluita palveluluokkien säilyttämiseksi hankintadirektiivin 2014/24/EU 74-76 artikloihin.

¹⁶⁵ Ks. esimerkiksi uusi HankL 108 §, jonka mukaan hankinnoissa tulee ottaa huomioon palvelujen käyttäjien yksilölliset ja pitkäaikaiset erityistarpeet. Lisäksi 108.2 §, jossa säädetään myös suoraan hankintojen laadusta.

¹⁶⁶ Ks. tarkemmin HankL 90 § ja Euroopan unionin ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmä (EMAS)

tayksikkö ei esimerkiksi ole valmis sitoutumaan kokonaan uuden tuotteen kehitystyöhön innovaatiomenetelmän kautta (esimerkiksi menetelmään sisältyvien riskien vuoksi¹⁶⁷) kilpailullisen neuvottelumenettely sopii hankintayksikön tarpeisiin paremmin, sillä sen kulku EU-hankinnoissa on säädellympää ja vakiintuneempaa. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn sisällään pitämä ensimmäinen vaihe, jossa suunnitellaan hankinnan toteutus- tai ratkaisutapaa, tarjoaa mahdollisuuden pohtia muun muassa näitä ilmastollisia ja sosiaalisia hankinnan aspekteja huomattavasti tarkemmin kuin verrokkeina tässä kohti toimivat avoin ja rajoitettu menettely.¹⁶⁸ Neuvottelumenettelyssä taas hankintayksikön tulisi tietää pääpiirteiltään hankintaprosessiin ryhtyessään se, miten se haluaa itse hankinnan toteuttaa. Tällöin esimerkiksi erinäisten olemassa olevien innovaatioiden huomioiminen ja niihin liittyvien vertailuperusteiden asettaminen saattaa olla haasteellista.

PK-yritysten julkisiin hankintoihin osallistumismahdollisuuksien parantamisen tavoite on ollut merkittävä tavoite jo ennen uutta hankintadirektiiviä¹⁶⁹. Hankintalainsäädännön mutkikkuus korostuu PK-yritysten näkökulmasta varsinkin siksi, ettei niillä ole alan asiantuntemusta taikka resursseja palkata hankintalainsäädännön asiantuntijaa¹⁷⁰. Pienten ja keskisuurten yritysten tilannetta pohtiessa on huomioitava se, miten heterogeenisestä ryhmästä on kyse. PK-yrityksiä voivat olla esimerkiksi erinäiset startup-yritykset, joiden kilpailuetuna on esimerkiksi jokin uusi innovaatio. Toisaalta taas PK-yrityksiä voivat olla esimerkiksi erinäiset perinteisempinä nähdyt palveluja tuottavat yritykset, jotka työllistävät yrittäjän lisäksi muutamia työntekijöitä. Erilaisista lähtökohdista nousevien pienten ja keskisuurten yritysten osallistumismahdollisuuksia parantaminen onkin haastavaa, sillä niiden lähtökohdat koko yritystoimintaan voivat olla aivan erilaisia. Kuitenkin lainsäätäjä on nähnyt, että lainsäädännön monimutkaisuus vaikuttaa

¹⁶⁷ Innovaatiomenetelmän riskejä voivat olla esimerkiksi innovaation lopullinen riittämättömyys suhteessa sille asetettuihin tavoitteisiin sekä menettelyn pitkittyminen ja näin ollen myös kasvavat kustannukset.

¹⁶⁸ Ks. dialogin käymisen merkityksestä ilmastoystävällisissä hankinnoissa esimerkiksi Uttam & Le Lann Roos 2015.

¹⁶⁹ Ks. Pekkala et. al. s. 73. Katso myös Euroopan komission vuonna 2008 julkaisema ”Pienet ensin” eurooppalaisia pk-yrityksiä tukeva aloite (Small Business Act). Alueiden komitean mukaan lainsäädännön mutkikkuus voi johtaa lopulta myös oikeustapauksiin, jolloin yksityisen sektorin luottamus julkista sektoria kohtaan voi laskea. Tämä taas voi johtaa siihen, että kilpailusta koituvat hyödyt laskevat, kun yksityinen sektori ei lähde mukaan hankintojen kilpailutukseen yhtä suurella volyymilla. Ks. alueiden komitean kommentteista tarkemmin: EUVL C 391, 18.12.2012 s. 50.

¹⁷⁰ PK-yritykset ovat myös kokeneet julkisen sektorin mielenkiintoiseksi ja tavoitelluksi asiakasryhmäksi, mistä johtuen niiden osallistumismahdollisuuksien parantaminen liittyen hankintatoimintaan on tärkeää, jotta esimerkiksi kilpailusta koituvia etuja päästään hyödyntämään optimaalisesti. Ks. esimerkiksi Neimala & Saariketo 2014. s. 117.

koko heterogeenisen ryhmän osallistumismahdollisuuksiin ja siihen tarttumalla voidaan koko kyseisen sektorin mahdollisuuksia parantaa.

Hankintalainsäädännön mahdollistaessa neuvottelumenettelyjen entistä vapaamman hyödyn­ tämisen ja tästä johtuvan neuvottelumenettelyjen määrän kasvamisen — hyötyvät myös PK-yritykset niiden kasvavasta määrästä¹⁷¹. Esimerkiksi PK-yritykset olivat kokeneet avoimen ja rajoitetun menettelyn hankalaksi siinä suhteessa, että heidän esittämiään tarjouksia on ollut haastava täydentää tai oikaista hankintamenettelyjen edetessä¹⁷². Esitettävien tarjousten pitäisi kyseisissä menettelyissä heti prosessin alussa olla sellaisessa kunnossa, että niiden perusteella tarjouskilpailu olisi mahdollista voittaa, sillä tarjouksen korjausmahdollisuuksia ei pääasiassa tarjota. Näin ollen tarjouksia muodostavien henkilöiden asiantuntemus korostuu. Ongelma toki korjaantuu pääpiirteiltään, jos hankintayksikkö on valinnut neuvottelumenettelyt hyödynnettä­ väksi hankintamenettelyksi, sillä menetelmissä tarjousten muokkaamiselle on paremmat mah­ dollisuudet verrattuna avoimeen ja rajoitettuun menettelyyn. Lisäksi neuvottelumenettelyt tar­ joavat paremman mahdollisuuden PK-yrityksille avata enemmän hankintayksiköille omia etu­ jaan suhteessa muihin tarjoajaehdokkaisiin. Tällaisia etuja voi löytyä esimerkiksi laadullisista kysymyksistä, jotka ovat sidoksissa esimerkiksi muihin hankintalain tavoitteisiin, kuten sosi­ aalisten kysymysten parempi huomioonottaminen.

4.3 Neuvottelumenettelyjen kulkuun liittyvät ongelmat

4.3.1 Yleistä hankintojen oikeustapauksista

Hankintalainsäädännön uudistamisen tavoitteisiin liittyen voidaan mainita aluksi markkinaoi­ keuden hankinta-asioiden lukumäärän muuttumattomuus lakiuudistuksen jälkeen. Vuoden 2017 alusta voimaan astuneen hankintalain jälkeen saapuneiden asioiden määrä ei ole juuri laskenut, vaan ne ovat pysytelleet samoissa lukemissa kuin ennen lainsäädännön uudistusta¹⁷³. Lainsäätäjän välillisenä tavoitteena lakiuudistuksissa voidaan nähdäkseni ainakin jossain mää-

¹⁷¹ Monimutkaisuuteen liittyen on mainittava, ettei lakiuudistus kuitenkaan poistanut kaikkia hankalina koettuja vaiheita. Konkreettinen esimerkki hankintalainsäädäntöön jääneestä vaikeaselkoisuudesta ovat sähköisiin han­ kintoihin olennaisesti liittyvät CPV-koodit, jotka alueiden komitea on kokenut epäloogisina ja paikoitellen hy­ vinkin tulkinnanvaraisina. Koodeja käytetään hankintojen yksilöimiseksi, joita käyttämällä mahdolliset tarjoajat voivat hakea heitä kiinnostavia hankintailmoituksia

¹⁷² EUVL C 391, 18.12.2012. s. 51

¹⁷³ ks. tarkemmin markkinaoikeuden vuositilastot vuosilta 2018 ja 2017 sekä vanhan hankintalain ajalta vuosi 2016. Vuonna 2017 ratkaistu luonnollisesti myös vanhan hankintalain aikana ilmi tulleita tapauksia, joka on syytä ottaa huomioon argumentissa. Myös uudet säännökset esimerkiksi hankintamenettelyjen käyttöön liittyen voivat alussa aiheuttaa piikkiä oikeustapausten määrässä.

rin pitää myös kyseiseen aihepiiriin liittyvien oikeustapausten ja niihin liittyvien tulkinnanvaraisuuksien määrän laskemista. Tässä ei kuitenkaan täysin voida nähdä onnistuneen, jos tarkastellaan esimerkiksi vain markkinaoikeuteen saapuneiden hankinta-asioden määrää.

Neuvottelumenettelyihin suoraan liittyviä markkinaoikeuden ratkaisuja löytyy vuodelta 2018 kolme kappaletta. Vuonna 2017 neuvottelumenettelyt olivat keskeisessä roolissa myöskin vain kolmessa ratkaisussa. Vuoden 2019 ratkaisuissa kyseiset hankintamenettelyt eivät sen sijaan kirjoitushetkellä ole vielä esiintyneet.¹⁷⁴ Korkeimman hallinto-oikeuden aihepiiriin suoraan liittyviä ratkaisuja löytyy uuden hankintalain voimaan astumisen jälkeen myös vain muutamia¹⁷⁵. Näin ollen ei voida neuvottelumenettelyjä pitää ainakaan kansallisella tasolla erityisen ongelmallisena juridisesti. Tämä on kuitenkin selitettävissä kansallisen sääntelyn joustavuudella liityksen käytettävän hankintamenettelyn valintaan. Koska kansallisessa hankinnassa voidaan käyttää hyvinkin joustavaa hankintamenettelyä, olettaen, että sen ominaispiirteistä on tiedotettu tarjoajaehdokkaille esimerkiksi hankintailmoituksessa, eivät itse hankintamenettelyt liity kovinkaan usein keskeisesti tapauksen riitautumiseen¹⁷⁶. Siitäkin huolimatta, etteivät neuvottelumenettelyt itsessään ole keskeisessä roolissa kansallisen tason oikeustapauksissa, on kuitenkin muistettava edelleen julkisiin hankintoihin yleisesti liittyvien oikeustapausten runsaus¹⁷⁷. Ongelmia siis esiintyy, vaikkei niitä varsinaisesti millekään tietylle hankintamenettelylle merkittäkään kansallisissa oikeusasteissa. Voidaankin esittää kysymys siitä, puuttuuko esimerkiksi juuri neuvottelumenettelyihin liittyvästä lainsäädännöstä edelleen jotain, joka vähentäisi markkinaoikeudelle saapuvien hankintatapausten määrää huomattavissa määrin?

Neuvottelumenettelyjen kulkuun liittyvien ongelmien tarkastelu jakautuu tutkielmassa hankintojen suunnitteluvaiheeseen sekä itse hankintamenettelyjen aikana ilmeneviin. Jako toteutetaan selkeyden, mutta myös vaiheiden eri luontoisuuden vuoksi. Myös toisena jakoa perustavana tekijänä on se, että vaikka oikeustapaukset keskittyvät pääosassa itse hankintamenettelyn aikana ilmeneviin seikkoihin, voidaan niiden ongelmien katsoa usein juontuvan jo puutteellisesti toteutetusta suunnitteluvaiheesta. Huomattava on lisäksi, että hankinnan toteutuksen jälkeinen

¹⁷⁴ Markkinaoikeuden ratkaisut hankinta-asiat vuodelta 2018. Neuvottelumenettelyt mainittu siis ratkaisun asianastossa, jolloin oikeusriita liittyy keskeisesti juuri kyseisen menettelyn olemukseen.

¹⁷⁵ Ks. KHO Vuosikirjapäätökset

¹⁷⁶ Vrt. Avointa taikka rajoitettua menettelyä itsessään koskevia oikeustapauksia ei markkinaoikeuden hankinta-asioden ratkaisuluettelosta löydy vuosilta 2017-2019 ollenkaan. Kuitenkin esimerkiksi suoramarkkinointi esiintyy jossain määrin asioissa.

¹⁷⁷ Ks. Markkinaoikeuden vuositilastot

aika rajataan tarkastelusta pois, sillä silloin ei nähdäkseni ilmene uusia omalaatuisia ongelmiaan, vaan ne ovat kytköksissä prosessin aiempiin vaiheisiin. Näin ollen kuitenkin esimerkiksi oikeussuojakeinoihin liittyvät seikat jäävät tarkastelun ulkopuolelle.

4.3.2 Hankintojen suunnitteluvaihe ja vuoropuhelun merkitys

Kuten todettua, hankintasektorit ovat merkittävä osa julkistaloutta. Hankintasektori on lisäksi dynaaminen kokonaisuus, joka mukautuu ympäristöstä tuleviin vaikutteisiin. Näitä vaikutteita ovat luonnollisesti erilaiset yhteiskunnasta tulevat paineet ja vaikutteet, joihin lainsäätäjä on pyrkinyt vastaamaan säätämällä omia tavoitteitaan sisällä pitäviä oikeusnormeja. Tavoitteilla pyritään varmistamaan esimerkiksi julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttäminen myös jatkossa¹⁷⁸. Ympäristön kehitys monimutkaistuvine hankintakokonaisuuksineen on kuitenkin johtanut siihen tilanteeseen, että suunnitteluvaiheen merkitys korostuu entistä enemmän. Tämä huomataan esimerkiksi julkisiin hankintoihin liittyvistä oikeustapauksista, sillä useassa tapauksessa voidaan todeta ongelmien syntyneen jo ennen varsinaisen hankintamenettelyn alkamista. Hankinnan onnistuneeseen toteuttamiseen ei usein päästäkään enää pelkästään itse hankintaprosessin aikana varsinaiseen hankintamenettelyyn panostamalla.

Tähän liittyen hankintalain 2.3 §:ssä säädetään hankintayksiköiden toimintaa ohjaavasta suunnitteluvollisuudesta, jonka mukaan kuntien *tulisi* pyrkiä toteuttamaan hankintansa suunnitelmallisesti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyödyntäen ja ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat huomioon ottaen. Kunnissa suunnitelmallisuuden periaate otetaan huomioon usein jo kuntastrategiassa¹⁷⁹. Kuntastrategia voi myös pitää sisällään myös suoranaisen hankintastrategian, jolloin vältytään esimerkiksi useilta päällekkäisiltä strategiadokumenteilta¹⁸⁰. Käytännössä suunnitelmallisuus näkyy kuitenkin laajalti itse käynnistettävän hankintaprosessin suunnitteluvaiheessa

Suunnitteluvaiheen merkitys on noussut varsinkin jo mainittujen monimutkaistuvien hankintakokonaisuuksien myötä. Tämä siksi, että suunnitteluvaiheessa käytävällä vuoropuhelulla voidaan pureutua haastaviin kokonaisuuksiin jo ennen virallista hankintaprosessin käynnistämistä

¹⁷⁸ Haasteena oikeusnormiston kannalta dynaamisuudessa on hankintalainsäädännön ajantasaisuus. Esimerkiksi teknologiset innovaatiot ovat ottaneet suuria harppauksia viime vuosina, jolloin lainsäädäntö voi vanheta paikoi-
tellen hyvinkin nopeasti.

¹⁷⁹ Ks. esimerkiksi Helsingin kaupungin hankintastrategia 2011

¹⁸⁰ Määttä & Voutilainen 2017 s. 140-141

ja hankkia informaatiota hankintaan liittyvästä aihepiiristä. Hankintojen suunnittelu- tai valmisteluvaiheella voidaan katsoa olevan tärkeä rooli tulevan prosessin onnistumisen kannalta, myös siksi, että siinä laaditaan selvitys hankinnan tarpeellisuudesta, otetaan kantaa julkisten varojen käytöstä, selvitetään markkinoilla vallitsevaa tilannetta sekä muita hankintaan liittyviä seikkoja¹⁸¹.

Vuoropuhelun määrän lisäämisen tarve esiintyy useissa eri tutkimuksissa sekä selvityksissä¹⁸². Myös uuden hankintalain esitöistä HE 108/2016 vp nosti esiin tarpeen käytävän markkinavuoropuhelun määrän kasvattamiselle¹⁸³. Hankintalaista ei kuitenkaan lakiuudistuksen jälkeenkään varsinaisesti suoraan vuoropuhelun käymiseen velvoittavaa pykälää löydy, joskin esimerkiksi markkinakartoituksesta säättävän HankL 65 § voidaan katsoa liittyvän aihepiiriin. HankL 65 § ei kuitenkaan velvoita hankintayksikköjä markkinakartoituksen tekemiseen, vaan toimii toiminnan mahdollistajana. Velvoittavampaa lainsäädäntöä aihepiiriin liittyen löytyy HankL 66 §:stä, joka säättää hankintayksiköiden vastuusta varmistaa, ettei hankinnan suunnitteluvaiheeseen osallistunut ehdokas, tarjoaja tai tarjoajaan liittyvä yritys vääristä kilpailua. Tällainen tarjoaja tulee sulkea ulos kilpailusta HankL 81 §:n mukaan, jos kilpailua koskevaa vääristymää ei saada poistettua muulla tapaa. Säädös ei siis kiellä vuoropuhelun käymistä, mutta pakottaa hankintayksiköt toimiin, ettei tällainen käyty dialogi ennen hankintamenettelyn virallista aloittamista sotke lopullista kilpailua. Ulossulkemisen kuitenkin ollessa vasta viimeinen vaihtoehto, suojellaan sillä myös valmisteluvaiheeseen osallistuneen tarjoajaehdokkaan oikeutta osallistua kilpailutukseen¹⁸⁴.

Hankintayksiköt ovat kuitenkin kokeneet, että suunnitteluvaiheen aikana käytävä vuoropuhelu on haastava toteuttaa ilman, että tarjoajien tasapuolisen kohtelun periaate vaarantuu¹⁸⁵. Tämä

¹⁸¹ Hyvönen et. al. 2007. s. 75. Ks. myös Holma & Sammalmaa 2018. s. 54. Muista myös julkisen talouden suunnitelmallisuuden periaate. Ks. hankintayksikön velvollisuuksista liittyen hankintalainsäädännön tavoitteisiin Karinkanta et. al. 2012 s. 42-43. Siitäkin huolimatta, että lähteen tavoitteet ovat ajalta ennen hankintalainsäädännön kokonaisuudistusta, nykyisten tavoitteiden onnistuminen hankinnoissa voidaan kuitenkin nähdäkseni edelleen liittää varsin keskeisiltä osin hankintojen suunnitteluvaiheeseen, sillä jos esimerkiksi sosiaalisia seikkoja ei oteta huomioon jo hankintaa suunnitellessa, on niiden toteutuminen lopullisessa hankinnassa epätodennäköistä.

¹⁸² Ks. Halonen & Sammalmaa 2017. s. 35. Vuoropuhelusta käytetään tutkimuksissa ja esitöissä myös seuraavia termejä: markkinavuoropuhelu, tekninen dialogi, tekninen vuoropuhelu, tietopyyntö sekä RFI (Request for Information).

¹⁸³ HE 108/2016 vp s. 61-62. Esitys viittasi Työ- ja elinkeinoministeriön Owai Groupilta tilaamaansa selvitykseen liittyen kokemuksiin sosiaalisten kriteerien käytöstä julkisissa hankinnoissa. Ks. selvitys tarkemmin: Toivanen & Wennberg 2015.

¹⁸⁴ Halonen & Sammalmaa 2017. s. 38

¹⁸⁵ Halonen & Sammalmaa 2017. s. 42. Vuoropuhelu pitää tuki sisällään riskejä kyseisen periaatteen kannalta, mutta huolehtimalla esimerkiksi riittävästä tiedottamisesta ja avoimesta toiminnasta riskejä voidaan minimoida.

on olennainen huomio siksi, että vuoropuhelulla voi hankintayksikkö kasvattaa niin suunnitteluvaiheen sujuvuutta, merkitystä, mutta myös koko lopullisen hankintaprosessin onnistumisen todennäköisyyttä varsinkin oikeudellisesta näkökulmasta. Hankintayksiköiden huoleen liittyen suunnitteluvaiheen vuoropuhelu on lopulta juridisista lähtökohdista kuitenkin hyvin vapaa-
muotoista, kunhan vain se ei vääristä lopullista kilpailutusvaihetta¹⁸⁶. Näin ollen lainsäädännöllisestä näkökulmasta katsoen ei voidakaan katsoa olevan syytä vältellä vuoropuhelun käymistä esimerkiksi sääntelyn monimutkaisuudella perustellen.

Valmisteluvaiheessa tehdään useita hankintaprosessin onnistumiseen vaikuttavia päätöksiä, joissa hankintayksikkö joutuu käyttämään omaa harkintavaltaansa¹⁸⁷. Jos hankintayksikkö päättää toteuttaa erinäisiä tapaamisia markkinoiden edustajien kanssa, tulee yksikön päättää järjestääkö henkilökohtaisia tapaamisia tarjoajien kanssa vaiko mahdollisia ryhmätapaamisia¹⁸⁸. Hankintayksikkö tekee suunnitteluvaiheessa kuitenkin ainakin päätökset esimerkiksi käytettävästä hankintamenettelystä, hankinnan kohteen tarkemmasta määrittelystä, tarjouksien vertailuun käytettävistä valintakriteereistä ja vähimmäisvaatimuksista sekä muista hankintaan mahdollisesti vaikuttavista seikoista. Myös kysymys hankintakokonaisuuden jakamisesta osiin on suunnitteluvaiheen aikainen päätös¹⁸⁹. On myös syytä huomata, että valmisteluvaiheessa itse hankintamenettelyn kulkuun voidaan vaikuttaa huomattavasti enemmän, kuin virallisen prosessin alettua, jolloin esimerkiksi hankinnalle asetettuja vähimmäiskriteerejä ei voida enää yksinkertaisia käytänteitä käyttämällä muuttaa.¹⁹⁰ Hankintayksikkö voi myös paikata omaa vajavaista asiantuntijuuttaan käymällä dialogia markkinoiden toimijoiden kanssa, jolloin alan asiantuntijat pystyvät esittelemään tuotteidensa ominaisuuksia tarkemmin. Näin ollen myös esimerkiksi tarkemmat hankintaa koskevat vertailuperusteet voidaan asettaa koskemaan huomattavasti

¹⁸⁶ Ks. HankL 66 § ja HankL 81 §. Ks. lisäksi myös pidemmälle edenneestä yhteistyöstä hankintayksikön sekä tarjoajaehdokkaan välisestä yhteistyöstä C-34/03 *Fabrimcom*. Tapauksessa kansallinen laki oli kieltänyt valmisteluvaiheeseen osallistuneelta ehdokkaalta osallistumisoikeuden hankintaprosessiin. EU-oikeus katsoi säädöksen olevan liian tiukka ja suhteellisuusperiaatteen vastainen. Ks. tapauksen tarkempi avaaminen esimerkiksi Halonen & Sammalmaa 2017. s. 39.

¹⁸⁷ Harkintavallan määrä korostuu siksi, ettei suunnitteluvaiheen toiminnasta ole tarkkoja säädöksiä. On hankintayksikön itsensä vastuulla, millä tapaa se panostaa suunnitteluvaiheeseen.

¹⁸⁸ Ks. erilaisten tapaamisten erilaisista hyödyistä ja ongelmista: Holma & Sammalmaa 2018. s. 56-58. Optimaalisimmassa tilanteessa hankintayksikkö järjestäisi molempia. Lisäksi vuoropuhelun luonteella on merkitystä. Esimerkiksi kirjallisesti käyty vuoropuhelu korostaa teknistä puolta hankinnoissa. Suullinen vuoropuhelu taas mahdollistaa syvemmän keskustelun osapuolten välillä. Ks. aiheesta Holma & Sammalmaa 2018. s. 45-46

¹⁸⁹ Ks. esim. StVL 8/2016 vp s. 5. Valiokunnan mukaan hankintojen pilkkominen kannustaa varsinkin sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvien hankintojen pilkkomista PK-yritysten näkökulmasta tarkoituksenmukaisena ja myönteisenä kehityksenä.

¹⁹⁰ Halonen & Sammalmaa 2017. s. 36. Hankintojen jakaminen osiin on myös yksi tapa toteuttaa PK-yritysten osallistumismahdollisuuksien parantamisen tavoitetta.

tavasti relevantimpia seikkoja, jotka ovat kuitenkin HankL 3 § periaatteiden mukaisia. Asiantuntijuuden kerryttämisen lisäksi hankintayksikkö voi myös erinäisiä tilaisuuksia järjestämällä kerätä itselleen tietoutta yleisestä markkinoiden tilanteesta sekä mahdollisista toimittajista.

Hankintayksiköiden ja markkinoiden välillä vuoropuhelua käymällä voidaan mahdollisesti myös välttää jossain määrin hankinta-asioiden riitautuminen kokonaan. Esimerkiksi seuraava oikeustapaus olisi mahdollisesti voitu välttää jo sillä, että hankintayksikkö olisi tutustunut markkinoilla oleviin tuoteratkaisuihin yhdessä tarjoajien kanssa teknistä vuoropuhelua käymällä.

MAO:245/18 tapauksessa hankintayksikkö oli yrittänyt hankkia tarkasti asetetuilla mitoilla varustettuja kodinkoneita. Alkuperäiseksi hankintamenettelyksi oli valittu avoin menettely. Kuitenkaan menettelyssä ei saatu yhtään tarjouspyyntöä vastaavaa tarjousta, joten hankintayksikkö siirtyi neuvottelumenettelyyn tarjoajien kanssa. Neuvottelumenettelyyn siirtyessään hankintayksikkö oli poistanut avoimessa menettelyssä vaadittuun kokokriteeriin, jonka markkinaoikeus tulkitsi myöhemmin HankL 35 §:n 2 momentissa tarkoitetuksi vähimmäisvaatimukseksi. Kyseisen momentin mukaan hankintayksikkö ei kuitenkaan saa neuvotella sen itsensä hankintaprosessin alussa esittämistä vähimmäisvaatimuksista. Näin ollen hankintayksikkö oli menetellyt virheellisesti, jonka vuoksi markkinaoikeus velvoitti hankintayksikön järjestämään kokonaan uuden tarjouskilpailun.

Hankintayksikkö olisi ensiksikin voinut välttää hankinnan riitautumisen siten, että se olisi jättänyt vähimmäiskriteeriksi tulkitun kodinkoneen mittoja koskevan ehdon paikalleen neuvottelumenettelyihin siirryttäessä, eikä olisi käynyt neuvotteluja tarjoajien osalta siihen liittyen. Toki ongelmana kyseisessä tapauksessa oli se, ettei kyseisillä mitoilla olevaa kodinkonetta ollut markkinoilla tarjota valmiiksi, joten neuvottelujen käyminen ei lopulta olisi hyödyttänyt hankintayksikköä. Näin ollen olikin väistämätöntä, että hankintayksikkö tulee toimimaan tapauksessa joko hankintalainsäädösten vastaisesti neuvottelemalla vähimmäiskriteeristä taikka sitten edessä olisi ollut hankintaprosessin aloittaminen alusta. Lopulta tapauksessa kuitenkin ongelmana on ollut se, että hankintayksikkö on asettanut liian tarkat vaatimukset hankittavalle tuotteelle, perehtymättä kuitenkaan itse markkinoiden tarjoamiin vaihtoehtoihin tarpeeksi jo

etukäteen¹⁹¹. Vuoropuhelua käymällä ongelmaa ei välttämättä olisi ilmennyt, sillä hankintayksikkö olisi saanut sen kautta tietoa markkinoiden tilanteesta. Tapaus toimii lisäksi hyvänä esimerkkinä siitä, miten joistakin hankintalain pykälistä ei voida joustaa ollenkaan. Tässä tapauksessa vähimmäisvaatimuksia koskevat säädökset olivat ratkaisevassa roolissa.

Huolellisesti toteutetulla suunnitteluvaiheella voi siis olla suuri merkitys hankinnan lopullisen oikeudellisesti pätevän toteutumisen kannalta¹⁹². Asiantuntevasti toteutetulla suunnitteluvaiheella voidaan välttää ongelmat esimerkiksi oikeudellisesti ongelmallisten vertailuperusteiden asettamisen suhteen, kun hankintayksikölle on muodostunut riittävän tarkka kuva mahdollisista ratkaisumalleista. Suunnitteluvaiheen merkitys myös valittavan hankintamenettelyn suhteen on suuri. Esimerkiksi riittävän kattavalla teknisellä dialogilla osapuolten välillä voidaan jo valmiiksi ratkoa suurimmat hankinnan toteutukseen liittyvät ongelmat, jolloin esimerkiksi kilpailulliselle neuvottelumenettelylle ei ole tarvetta. Näin ollen hyvin toteutetulla suunnitteluvaiheella ja kattavalla vuoropuhelulla voidaankin mahdollisesti välttää raskaampina pidetyt hankintamenettelyt. Hankintamenettelyn valinnasta riippuen on lisäksi muistettava, ettei vuoropuhelua voida välttämättä enää suunnitteluvaiheen jälkeen edes käydä, jolloin lähes ainoa mahdollisuus siihen on ennen varsinaisen hankintailmoituksen julkaisemista.

4.3.3 Hankinnan toteutusvaihe

Varsinaisen suunnitteluvaiheen jälkeen on vuorossa itse hankinnan toteutusvaihe. Tutkielman kannalta toteutusvaiheen ongelmallisuuksia tarkastellaan pääasiassa neuvottelumenettelyjen kautta, sillä edes riittävän kattavasti toteutetulla suunnitteluvaiheella ei voida aina välttää neuvottelumenettelyjen käyttöä. Neuvottelumenettelyjen toteutuksen keskeisimmät pykälät ovat niiden kulusta säättävät pykälät HankL 35 § sekä 37 §. Pykäliin ei tässä vaiheessa syvennyttä tarkemmin, vaan niistä nostetaan esiin olennaisimmat vaiheet, joissa ongelmia voi ilmetä¹⁹³. Näiden pykälien lisäksi hankintalaista löytyy säädöksiä, jotka tarkentavat menettelyjen kulkuun liittyviä seikkoja edelleen. Esimerkiksi HankL 9 luku, joka säättää hankinnan valmistelusta, tarjouspyynnöstä ja hankinnan kohteen tarkemmasta kuvauksesta. Lisäksi HankL 10 luku

¹⁹¹ Hankintayksikkö ei välttämättä ole ollut tietoinen HankL:n mukaisista vähimmäiskriteereistä ja niihin liittyvästä neuvottelukiellosta, joka taas liittyy hankintalainsäädännön vajavaiseen osaamiseen. Hankintayksikkö ei myöskään ole tarkoittanut asettaa mittoja vähimmäiskriteereiksi, sillä niistä on oltu valmiita luopumaan heti neuvottelumenettelyyn siirtyessä.

¹⁹² Tehokkuusnäkökulmasta tarkastellen mahdolliset oikeustapaukset ovat aina ei-toivottuja, sillä ne pysäyttävät hankkeen etenemisen. Tämän lisäksi ne varaavat käyttöönsä resursseja, joiden käyttäminen olisi voitu välttää mahdollisesti kokonaan.

¹⁹³ Ks. neuvottelumenettelyjen tarkemmasta kulusta tutkielman 3.3.

pitää sisällään monta keskeistä säädöstä liittyen ehdokkaiden, tarjoajien ja lopullisen tarjouksen valintaan.

Ensimmäisenä hankintayksikön tulee pohtia kysymyksiä hankinnoista vastaavien henkilöiden esteellisyydestä liittyen käsillä olevaan projektiin. Hankintayksikön virkamiehen tulee huolehtia, etteivät hänen prosessiin osallistuminen vaaranna itse hankinnan puolueetonta toteutumista siten, että he toiminnallaan suosivat esimerkiksi häneen sidoksissa olevaa organisaatiota. Hankintalaki pitää sisällään säännöstelyä hankintaviranomaisen esteellisyyteen liittyen esimerkiksi tarjoajien poissulkuperusteiden kohdalla. HankL 81 §:n mukaan hankintayksikkö voi sulkea tarjouskilpailusta sellaisen toimittajan, jonka eturistiriidan poistamista ei voida muilla keinoin toteuttaa. Käytännön määritelmät esteellisyyteen haetaan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan varsinaisesti hallintolain (6.6.2003/434) 27 § ja 28 §:stä, jotka määrittävät esimerkiksi tarkemmin sen, millainen sukulaissuhde voidaan laskea esteellisyyden perustaksi. Hankintalain puolella esteellisyys näkyy myös välillisesti esimerkiksi tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteiden kautta, joidenka lisäksi siihen on viittauksia pitkin hankintalakia. Osoitusvelvollisuus mahdollisissa esteellisyytapauksissa on aiheesta valittajalla.¹⁹⁴

Palaten itse hankintamenettelyn kulkuun, on hankintailmoituksella suuri rooli lopullisen hankinnan ongelmattoman hankintaprosessin kannalta, siitäkin huolimatta, että neuvottelumenettelyjen aikana itse ilmoituksen sisällöstä voidaan neuvotella yhdessä tarjoajaehdokkaiden kanssa. Hankintayksikön tulee panostaa hankintailmoituksen rakentamiseen, sillä heti ensimmäiseksi epäselvästi kuvattu hankinnan kohde vaikeuttaa tarjoajaehdokkaiden toimintaa. Jos kohde on kuvattu epäselvästi, on tarjoajien vaikea luoda relevantteja alustavia tarjouksia, jonka vuoksi taas hankintayksikön neuvottelukutsujen lähettäminen vaikeutuu. Tällöin kutsuja voidaan lähettää esimerkiksi tarjoajille, joiden kyky tuottaa hankintayksikön haluama tuote voi olla kyseenalainen.

Hankintailmoituksessa myös epäselvästi ilmoitetut referenssivaatimukset taikka vähimmäisvaatimukset voivat johtaa lopulta myös varsinaisiin oikeudellisiin ongelmiin, kun niitä aletaan epäselvyyden vuoksi muuttaa myöhemmin esimerkiksi kiireessä neuvottelujen aikana. Koska hankintayksikkö tekee lopulta hyvin pitkälti päätöksen voittavasta tarjoajasta pisteyttämällä tarjoajien ilmoittamia referenssejä, ovat jo alkujaan epäselvät vaatimukset esimerkiksi niistä

¹⁹⁴ Määttä & Voutilainen 2017. s. 301-302 ja s. 321-322.

saatavien pisteiden osalta omiaan vaikeuttamaan hankintaprosessin muita vaiheita ja kärjistämään osapuolten erilaisia näkökulmia aiheeseen liittyen¹⁹⁵. Hankintailmoituksessa ilmoitetut tarjoajilta vaaditut referenssit taikka muut esimerkiksi tarjoajan taustoihin liittyvät vaatimukset esimerkiksi liikevaihdon osalta, tulisikin ilmoittaa niin selkeästi, etteivät ne lopulta johtaisi esimerkiksi HankL 3 §:n mukaisten periaatteiden kannalta ongelmallisiin tilanteisiin. Seuraava markkinaoikeuden tapaus konkretisoi referenssivaatimusten ja niiden pisteytyksen selkeyden vaatimusta.

MAO:676/18 tapauksessa oli kyse kilpailullista neuvottelumenettelyä edeltävää tarjousten vertailuvaiheesta, jonka perusteella hankintayksikkö olisi valinnut tarjoajat jatkamaan neuvotteluja. Hankinta oli teknisluonteinen EU-hankinta, jossa hankintayksikkö etsi filmikokoelman digitointipalvelua. Tarjoajat olivat täyttäneet osallistumishakemukset, joissa he olivat ilmoittaneet eri osa-alueiden käytännön kokemuksensa referenssiluetteloineen. Valittajan mielestä osallistumishakemuksessa ilmoitetuista referensseistä saadut pisteet oli laskettu virheellisesti useassa kohti, jolloin ne vaikuttivat ratkaisevasti siihen, mitkä tarjoajista valittiin kilpailulliseen neuvottelumenettelyyn. Osallistumispyynnössä määritellyt tarjouksien vertailuperusteet olivat olleet vaikeaselkoiset. Markkinaoikeus katsoi ensinnäkin, etteivät kyseisessä tapauksessa tarjouspyynnössä ilmoitetut vertailu- tai arviointiperusteet olleet epäselvät. Kuitenkin markkinaoikeus löysi ongelmia hankintayksikön tarjoajien pisteytyksessä. Pisteytys oli ollut epäjohdonmukaista ja toisen tarjoajan kohdalla esimerkiksi puutteellinen referenssiluettelo hyväksyttiin. Lopulta markkinaoikeus kumosi hankintayksikön hankintapäätöksen vetoamalla muun muassa tarjoajien osallistumishakemusten epäjohdonmukaiseen pisteytykseen.¹⁹⁶

Tapauksesta voidaan nostaa esiin muutamia keskeisiä seikkoja, jotka kertovat julkisten hankintojen vaikeudesta. Ensiksikin taustalla tapauksessa on itse hankittavan palvelun monimutkaisuus. Palvelu vaati teknistä osaamista usealla alalla, joista maallikon käsitys on rajallinen. Näin ollen myös esimerkiksi hankintayksiköltä on vaadittu erityistä asiantuntemusta hankittavan palvelun suhteen. Sitä on tapauksessa voitu mahdollisesti pyritty haalimaan lisää kilpailullisen neuvottelumenettelyn tarjoaman vuoropuhelumahdollisuuden kautta.

¹⁹⁵ Huomattavaa myös, että hankintayksikön tulee myös pohtia asetettavien hankintakriteerien soveltuvuutta suhteessa hankittavaan kohteeseen. Ks. esimerkiksi Toivanen & Wennberg 2015 s.31. Tapauksessa tarkasteltu sosiaalisten kriteerien asettamisen mielekkyyttä hankinnoissa.

¹⁹⁶ MAO:676/18

Tapauksessa on kuitenkin havaittavissa myös hankintayksikön yleinen hankintaosaamisen puute, sillä tarjoajien toimittajia referenssiluetteloita on pisteytetty ja arvotettu epäjohdonmukaisesti. Tällöin esimerkiksi HankL 3 §:n mukaisia tasa-arvoisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteita on rikottu, koska asetetut kriteerit eivät ole olleet samanlaisia kaikille osapuolille. Hankintayksikön lainsäädännöllisen hankintaosaamisen puute näkyy myös siinä, että selkeästi referenssiluetteloiden osalta puutteellisia hakemuksia on hyväksytty pisteyttämällä niitä, vaikka nämä olisi pitänyt hylätä jo alkujaan puutteellisuudesta johtuen.¹⁹⁷ Tapauksessa voidaan nähdäkseni kyseenalaistaa myös jo käytetyn osallistumishakemuspohjan käyttö (vaikka markkinaoikeus pitikin sitä oikeudellisesti riittävänä), sillä tarjoajien arvottaminen pelkkiä kokemusvuosia pisteyttämällä ei ole nähdäkseni optimaalisin tapa monimutkaisten hankintakokonaisuuksien toteuttamiseen. Esimerkiksi valittajankin tapauksessa esiin nostamat tuntimäärät olisivat olleet jo huomattavasti enemmän tarjoajan kokemuksesta informoiva mittari¹⁹⁸.

Varsinaisten neuvottelujen aikana ilmenevät ongelmat voivat liittyä joko aiemmin esitettyihin hankintailmoitukseen, tarjouspyyntöön, neuvottelukutsuun taikka sitten neuvotteluihin itsessään. Näistä edeltäviin dokumentteihin liittyvät ongelmat voivat olla esimerkiksi neuvottelujen kulun puutteelliseen ilmoittamiseen liittyviä. Hankintayksiköllä kun on velvollisuus ilmoittaa neuvotteluihin osallistuville tarjoajaehdokkaille neuvottelujen kulun keskeiset vaiheet, jotta nämä pystyvät valmistautumaan itse neuvotteluihin omalta osaltaan. Myös esimerkiksi hankintayksikön mahdollisuudesta tehdä valinta tarjoajasta jo pelkän alustavan tarjouksen perusteella on HankL 35.2 §:n mukaan ilmoitettava tarjoajaehdokkaille etukäteen.

Käytävät neuvottelut voivat olla myös monivaiheisia, jolloin tarjoajaehdokkaita pudotetaan esimerkiksi vaiheittain pois kilpailusta. Monivaiheisuus luo mahdollisuuksia esimerkiksi tarkemman vuoropuhelun käymiselle osapuolten välille, mutta myös riskejä hankintaprosessin

¹⁹⁷ Tapauksessa on kaiken lisäksi kyseessä melko yksinkertainen tilanne, jossa virhe on tapahtunut. Tarjoajien ilmoittamat referenssit taikka näyttövelvollisuuteen liittyvät seikat voivat kuitenkin olla hyvinkin monimutkaisia, jolloin hankintayksikön asiantuntemuksen tulee olla laajempi. Ks. esimerkiksi Määttä & Voutilainen 2017 s. 237. Tarjoaja voi osoittaa esimerkiksi vaaditut pätevyysvaatimukset kolmannen osapuolen kautta, jos tarjoaja pystyy turvautumaan tähän koko hankintasopimuksen kattaman ajan. Referenssivaatimuksiin liittyen on myös mainittava, ettei hankintayksiköllä ole velvollisuutta selvittää niiden paikkaansa pitävyyttä, jolloin mahdollisia väärinkäytöksiä voi aiheen tiimoilta ilmetä. Mahdollisuus niiden tarkastamiseen kuitenkin hankintayksiköillä on.

¹⁹⁸ Ks. myös HankL 83 §. Vrt. myös MAO:560/18 ja valittajan vaatimuksen perustelut. Myös tässä tapauksessa järjestetty pisteytys siten, ettei sen voida valittajan mielestä oikeasti katsoa asettavan tarjoajia oikeaan paremmuusjärjestykseen. Markkinaoikeuden mukaan pisteytys ei kuitenkaan ole ollut lainvastainen, eikä esimerkiksi suhteellisuusperiaatetta ole rikottu. Kyseisessä ratkaisussa myös paremmaksi mittariksi ehdottamani tuntimäärän ongelmallisuudesta. Käytännössä tuntien laskeminen, ja täten myös niiden ilmoittaminen referenssinä, voi olla hyvin haastava prosessi.

juridisen puolen onnistumiselle. Neuvottelujen aikana hankintayksikön tuleekin varmistaa, että myös neuvottelujen pitkittyessä se ottaa edelleen huomioon sen toimintaa rajaavan sääntelyn. Tämä siksi, että neuvottelujen edetessä hankintayksikköä voi houkuttaa muuttaa sen aiemmin ilmoittamia asiakirjoja. Neuvottelujen aikana hankintayksiköllä onkin mahdollisuus muuttaa esimerkiksi tarjouspyyntöään taikka neuvottelukutsuaan, joskaan ilmoitettuihin vähimmäisvaatimuksiin sillä ei ole oikeutta koskea edes prosessin edetessä¹⁹⁹. Esimerkiksi edellä käsitellyssä MAO:245/18 tapauksessa hankintayksikkö oli toiminut väärin muuttaessaan aiemmin ilmoittamia vähimmäisvaatimuksia. Hankintayksikön tulee myös HankL 35.4 §:n mukaan ilmoittaa kirjallisesti tarjoajaehdokkaille tehdyistä muutoksista sekä tämän jälkeen varata riittävä aika tarjoajille muutosten tekemiseen. Määräajoista säättää tarkemmin HankL 56 § sekä joissain tapauksissa käytettävissä olevasta nopeutetusta määräajasta HankL 57 §. Hankintaprosessin pitkittyessä hankintayksikköä saattaa houkuttaa esimerkiksi määräaikojen tiivistäminen, jotta prosessi saataisiin nopeammin valmiiksi. Sääöksillä kuitenkin turvataan HankL 3 §:n periaatteista varsinkin tasapuolisen kohtelun periaatteen toteutuminen. Esimerkiksi PK-yritysten voi olla haastavaa tehdä neuvottelujen myötä ilmi tulleet muutokset omaan tarjoukseensa lyhyessä ajassa, jolloin laissa säädetyt vähimmäismääräajat toimivat niiden toiminnan suojelijana.

Neuvottelujen edetessä hankintayksikön tulee kiinnittää erityistä huomiota myös siihen, ettei se anna tarjoajille tietoja, jotka voivat vaarantaa tarjouskilpailun tasapuolisuuden. Aiheesta säättää esimerkiksi HankL 35.4 §. Tällaisista tiedoista esimerkiksi tarjoajien liikesalaisuuksia ei saa paljastaa muille osallistujille, sillä tällöin muut osapuolet hyötyvät tiedoista yhden osallistujan kustannuksella. Paljastetun liikesalaisuuden olemuksesta riippuen muut osapuolet voivat esimerkiksi muokata omia tarjouksiaan tai toimintojaan siten, että ne hyödyntävät paljastettua tietoa.²⁰⁰ Vaikka julkiset hankinnat ovat siirtyneet entistä enemmän sähköiseen muotoon, on riski tahattomiinkin paljastuksiin edelleen olemassa.

Neuvottelumenettelyjen kulun viimeiseen vaiheeseen, eli menettelyn päättämiseen liittyy muutama riskitekijä. Ensinnäkin hankintayksikön tulee ilmoittaa neuvottelujen päättämisestä kaikille tarjouskilpailussa edelleen mukana oleville, jonka jälkeen yksikkö aloittaa lopullisten tarjousten vertailun. Hankintayksikön tulee muistaa tässä vaiheessa, ettei näistä valmiista tarjouk-

¹⁹⁹ Ks. edeltä MAO:245:18, jossa vähimmäisvaatimuksia muokattu.

²⁰⁰ HE 108/2016 vp on käsitellyt esimerkiksi HankL 64 §:n yhteydessä tietojen paljastumisen riskejä ja vaikutuksia ja se listaakin ongelmakohdiksi syrjimättömän kohtelun periaatteen, tarjouskilpailun tehokkuuden laske-
misen sekä mahdolliset riskit liittyen korruptioon. Ks. tarkemmin HE 108/2016 vp s. 161

sista voida enää neuvotella, vaan päätös on tehtävä olemassa olevan tiedon sekä tarjousten perusteella. Valinnan tekemistä ohjaa myös HankL 93 §, jonka mukaan tarjouksista on valittava kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Jos hankintayksikkö käyttää pykälän mukaan tarjouksen valinnassa kriteerinä pelkästään halvinta hintaa, tulisi tämä perustella hankinta-asiakirjoissa²⁰¹.

Eräänlaisena koko hankintatoiminnan kulun taustalla olevana toiminnan monimutkaistajana voidaan pitää hankintalainsäädännön tulkinnallisuutta²⁰². Ongelmaksi tulkinnallisuus muodostuu siinä vaiheessa, kun hankintayksikkö joutuu itsenäisesti harkintavaltaa käyttäessään pohtimaan sitä, mitä lainsäätäjät on tarkoittanut laatimillaan pykälillä²⁰³. Huomioitavaa on se, että esimerkiksi HE 108/2016 vp:ssä, lainsäädännön tulkinnanvaraisuutta ei pääasiassa kommentoitu kuin yksittäisten pykälien kautta. Esimerkiksi hankintamenettelyihin sisältyvästä tulkinnanvaraisuudesta hallituksen esityksessä kyllä todetaan, että menettelyihin sisältyy tulkinnanvaraisuutta johtuen hankintadirektiivien tekstistä. Kuitenkin tulkinnanvaraisuus vaikuttaa tässä yhteydessä kiinnittyvän enemmän vähimmäismääräaikaisten tulkintaan, jolloin tarkempaa ja syvempää lainsäädännön tulkinnanvaraisuuden käsittelyä ei esityksessä ole²⁰⁴. Aihe liittyy keskeisesti myös esimerkiksi hankintadirektiivissä esitettyihin lainsäädännön joustavoittamis- ja yksinkertaistamistavoitteisiin. Seuraava markkinaoikeuden tapaus kuvaakin nähdäkseni hyvin, millaisiin ongelmiin yksittäisten pykälien tulkinnanvaraisuus voi johtaa.

MAO:560/18 tapauksessa oltiin valittajan mukaan käytetty neuvottelumenettelyä virheellisesti. Valittajan mukaan tapauksessa ei ollut hankintalain mukaista perustetta neuvottelumenettelyjen käytölle, sillä kyseessä ei ollut heidän mukaansa erityisen monimutkaisesta hankinnasta, vaan pelkästään tavanomaisista kunnossapitotöistä. Neuvot-

²⁰¹ Ks. tarjouksen valinnasta Karjalainen.fi > Kotimaa > *Professori: Kunnat hakevat hoivapalveluissa yhä vain halvinta hintaa, ja siinä on kyse laiskuudesta*. Tomi Voutilaisen mukaan halvinta hintaa käytetään edelleen hankintalainuudistuksen jälkeenkin tarjouksen valinnassa, sillä sen lakisääteinen perusteluvelvoite on vain muodollinen rajoitus. Voutilainen ehdottaakin artikkelissa eräänlaista kannustinjärjestelmää, joka kannustaisi luopumaan pelkän halvimman hinnan käytöstä. Ks. myös HaVL 44/2016 vp s. 6 ja LiVL 25/2016 vp s. 2-3 liittyen hankintojen hinta-laatusuhteen merkityksestä.

²⁰² Aihetta käsitellessä on syytä muistaa hankintalainsäädännön vaihtuva tarkkuus ja joustamattomuus. Vrt. esimerkiksi kynnysarvojen (HankL 25 §) ehdottomuutta esimerkiksi HankL 2 §:n mukaisiin hankintalainsäädännön tavoitteisiin.

²⁰³ Hankintayksiköt ovat oikeutettuja myös pyytämään neuvontaa esimerkiksi Suomen Kuntaliiton yhteydessä toimivalta hankintojen neuvontayksiköltä. Myös Kuntaliiton ylläpitämä hankinnat.fi –internetsivu tarjoaa opastusta yleisimpiin hankintoihin liittyviin kysymyksiin. Näistä lähteistä huolimatta kuitenkin hankintayksiköt tekevät ratkaisevat päätökset itse, eivätkä välttämättä edes hyödynnä Kuntaliiton neuvontayksikön palveluita. Ks. myös HE 108/2016 vp s. 21-23 muista julkisiin hankintoihin liittyvistä neuvontapalveluista. Esim. Motiva, joka tarjoaa ympäristönäkökohtien huomioimiseen liittyvää neuvontapalvelua.

²⁰⁴ Ks. HE 108/2016 vp s. 64-65

telumenettelyn käyttäminen tapauksessa oli valittajan mukaan johtanut tarjoajien epätasa-arvoiseen kohteluun sekä syrjintään. Myös hankintayksikön tapauksessa vaatimat referenssivaatimukset ovat valittajan mukaan ”syrjiviä, tehokasta kilpailua estävät ja suhteellisuusperiaatteen vastaisia”. Hankintayksikkö oli vedonnut neuvottelumenettelyn käyttöön liittyen HankL 34 §:n ja sen 2. momentin ensimmäiseen kohtaan, jonka mukaan neuvottelumenettelyä voidaan käyttää silloin, kun julkista hankintaa ei voida toteuttaa olemassa olevia ratkaisuja hyödyntämällä. Neuvottelumenettelyn käyttö oli markkinaoikeuden ratkaisun mukaan perusteltu, sillä HankL 34 § ja samaisen pykälän lain esityöt hallituksen esityksen (108/2016 vp) puolella korostavat neuvottelumenettelyn joustavuutta. Näin ollen hankintayksikön neuvottelumenettelyn käyttö on ollut perusteltua eikä se täten ole ollut hankintalainsäädännön vastaista. Myöskään referenssien osalta markkinaoikeus ei löytänyt säädösten vastaista toimintaa. Hankintayksikön asettamat referenssivaatimukset olivat asetettu siten, etteivät ne olleet tasapuolisen tai syrjimättömän toiminnan periaatteiden vastaisia. Lisäksi tarjoajien ilmoittamia referenssejä oltiin tulkittu johdonmukaisesti ja hankintasäädösten mukaisesti.²⁰⁵

Tapauksessa tutkielman kannalta keskeisimmät havaittavissa olevat kysymykset liittyvät neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten tulkinnanvaraisuuteen sekä joustavuuteen. Markkinaoikeus viittasi ratkaisuperustelussaan HE 108/2016 vp olevaan kommenttiin liittyen neuvottelumenettelyjen hyödyntämiseen rakennusurakkasopimuksissa. HE 108/2016 vp:n mukaan:

” - neuvottelumenettelyn käyttö voi olla tarpeen silloin, kun urakan kohteena on muuta kuin tavanomaisia rakennuksia tai kun urakkaan kuuluu suunnittelua tai innovatiivisia ratkaisuja – ”.

Lisäksi esitöissä todetaan, että neuvottelumenettelyjen käyttö voi olla hyödyllistä silloin, kun hankittavaa tuotetta tai palvelua tulisi mukauttaa tai suunnitella vastaamaan paremmin hankintayksikön tarpeita.²⁰⁶

Esitöissä korostuukin nähdäkseni huomattavissa määrin salliva ja joustava linja liittyen neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksiin, joka taas eroaa nähdäkseni jopa huomattavissa määrin itse hankintalain sanavalinnoista. Sanavalinnat ovat keskeinen osa lainsäädännön tulkintaa, sillä ne ohjaavat lukijan hahmotelmaa siitä, mitä lailla lopulta tarkoitetaan. Esimerkiksi tässä

²⁰⁵ MAO:560/18

²⁰⁶ HE 108/2016 vp s. 123

tapauksessa valittaja on tulkinnut oletettavasti lähestulkoon vain HankL 34 §:n säätämiä edellytyksiä, jotka pelkästään lukemalla lukijalle muodostuu nähdäkseni huomattavasti tiukempi kuva neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksistä verrattuna tilanteeseen, jossa myös lain esitöiden kommentteihin on tutustuttu. Lisäksi markkinaoikeus korosti tapauksen ratkaisussa hankintadirektiivin tavoitteita liittyen hankintamenettelyjen joustavoittamiseen sekä yksinkertaistamiseen, jolloin hankintaosaamisen vaatimus voi ylettyä vielä edelleen EU:n direktiivien tasolle. Ongelmaksi tällöin muodostuikin hankintatoimintaan osallistuvien hankintalainsäädännön osaaminen ja tunteminen. Lakiin vähemmän perehtynyt voi lukea esimerkiksi vain HankL sisältämät käyttöedellytykset, jolloin hänen säädöksen tulkinta voi olla huomattavankin erilainen verrattuna henkilöön, joka tuntee kyseisen lain esityöt sekä mahdolliset tapaukseen liittyvät oikeustapaukset²⁰⁷. Tämä voi taas johtaa hankintatapausten riitautumiseen, joka esimerkiksi MAO:560/18 tapauksessa nähtiin.

Kysymys hankintalainsäädännön sanamuotojen tulkinnasta liittyy tarkemmin osaksi hankintalain esitöiden ja hankintadirektiivin tavoitteita liittyen itse sääntelyn yksinkertaistamiseen sekä joustavoittamiseen. Lainsäädännöstä halutaan tavoitteiden mukaan ensinnäkin riittävän yksiselkoista, jotta sääntelyyn vähemmänkin tutustunut voi sitä soveltaa onnistuneesti²⁰⁸. Sääntelyllä ei myöskään haluta muodostaa esimerkiksi liiallisia hallinnollisia rasitteita tai esteitä itse hankinnan toteuttamiselle. Hankintoihin halutaankin lainsäädäntöä joustavoittamalla kannustaa. Tästä on esimerkkinä varsinkin neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten avaaminen siten, että ne ovat entistä useammin käytettävissä. Kuitenkin on perusteltua kysyä, ollaanko tavoitteissa onnistuttu, jos esimerkiksi MAO:560/18 tapauksen mukaisesti hankintalain esitöiden sisältämä joustavuus ja itse hankintalain yksinkertaisesti ilmaistu 34 § johdattavat näinkin erilaisiin tulkintoihin neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksistä. Tavoitteet voidaankin nähdä ainakin osittain päällekkäisinä ja hankintalainsäädännön tulkintaa mutkistavina.²⁰⁹

²⁰⁷ Esimerkiksi julkisia hankintoja harvoin toteuttavat pienet kunnalliset toimijat taikka niitä tarjoavat pienen kokoluokan toimijat eivät välttämättä ole kovinkaan syvällisesti tutustuneet hankintalainsäädännön esitöihin. Pienten toimijoiden julkisiin hankintoihin panostaminen voi olla myös mahdotonta jo senkin takia, että henkilöstövoimavarat menevät päivittäisen toiminnan pyörittämiseen. Vrt. isoihin organisaatioihin, joissa mahdollisesti kokonaan omat hankinnoista vastaavat yksiköt.

²⁰⁸ Myös tarjoajien näkökulmasta. Muista myös hankintadirektiivin PK-yritysten julkisiin hankintoihin osallistumismahdollisuuksien parantamisen tavoite.

²⁰⁹ Hankintalain tavoitteiden päällekkäisyyteen taikka lainsäädännön tulkinnanvaraisuuteen ei ole esitöissä kiinnitetty suurempaa huomiota. Esimerkiksi talousvaliokunta nostaa tulkinnanvaraisuuden ongelman liittyen vain In-house hankintoihin. Lyhyt maininta myös johdanto-osiossa. Ks. TaVM 31/2016 vp s. 4-5 sekä s. 212. Lisäksi ympäristövaliokunta on YmVL 20/2016 vp s. 4 ehdottanut liittyen ympäristöllisiin tavoitteisiin, että toimijoiden tueksi tulisi kehittää lisää erinäisiä työkaluja (konkreettisia hankintamappeja, malleja ja mittareita), joilla voitaisiin helpottaa hankintayksiköiden konkreettista tavoitteiden mukaan toimimista.

On kuitenkin muistettava hankintalainsäädännön joustavuuden ilmentymistä tarkastellessa, että hankintalainsäädäntö on edelleen pohjimmiltaan hyvinkin tarkka menettelylaki. Lain joustavuus onkin suhteellista, sillä paikoitellen hyvinkin tarkat säännökset eivät jätä hankintayksikölle paljoa varaa soveltaa. Laki pitää joustavuuden tavoitteesta huolimatta sisällään tarkkoja määräyksiä, joiden mukaan hankintayksikön tulee toimia. Kuitenkin on edelleen muistettava esimerkiksi HankL 2 §:n mukaisten velvoittavuuden puute, jonka vuoksi joustavan ja ehdottoman säätelyn välillä toimiminen luokin omat haasteensa lain tulkitsijalle.

5 Lopuksi

Seuraavassa on tutkielman lopuksi muodostettu yhteenvetomaisia piirteitä sisältävä tekstiosio, joka pitää sisällään myös kirjoittajan omaa pohdintaa aihepiiriin liittyen. Lisäksi lopussa esiin nousee myös tulevaisuusnäkökulma sekä tutkimuksen tarve tulevaisuudessa, joka liitetään osaksi keskustelua hankintalainsäädännön onnistumisesta.

Varsinaiseen tutkimuskysymykseen liittyen vastaukset löytyvät lainsäädännöstä. Neuvottelumenettelyjen käyttöedellytykset on listattu HankL 34 §:ssä. Myös kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttöedellytykset sisältyvät HankL 36.2 §:n mukaan edellä mainittuun pykälään. Hankintayksiköiden tulee noudattaa neuvottelumenettelyjen käyttöedellytyksistä säättävää pykälää eri tarkkuudella silloin, kun kyseessä on niin kutsuttu EU-hankinta verrattuna tilanteeseen, kun puhutaan kansallisesta hankinnasta. Käyttöedellytykset ovat muissa EU-valtioissa hyvin pitkälti samanmuotoiset, sillä EU:n hankintadirektiivi sisälsi paikoitellen hyvinkin tarkkoja säädöksiä aihepiiriin liittyen. Näin ollen kansallisille lainsäätäjille ei jäänyt laajoja mahdollisuuksia muokata direktiiviä vastaamaan esimerkiksi neuvottelumenettelyjen käyttöedellytysten suhteen paremmin omaa oikeusjärjestelmäänsä.

Hankinnan jako EU- ja kansallisen tason hankintaan toteutetaan hankintalain 25 § ja 26 §:ssä määritettyjen kynnysarvojen kautta. Jos hankinnan ennakoitu arvo ylittää HankL 26 §:ssä mainitut EU-kynnysarvot, puhutaan EU-hankinnasta. Vastaavasti taas vain HankL 25 §:n mukaisen kansallisten kynnysarvojen täytyessä puhutaan kansallisesta hankinnasta. EU-hankintoja koskevat säädökset ovat huomattavissa määrin tarkempia sekä velvoittavampia kuin kansallisten hankintojen tapauksissa. EU-hankinnassa HankL 34 §:n mukaisia käyttöedellytyksiä joudutaan soveltamaan tarkasti, kun taas kansallisen hankinnan kohdalla niiden käytölle ei ole lainsäädännöstä johdettavia edellytyksiä. Kansallisessa hankinnassa hankintayksikkö voi myös rakentaa hyödynnettävän hankintamenettelyn siten, kuin se näkee sen tarkoituksenmukaiseksi. Hankintamenettely voikin näin ollen pitää sisällään vain valittuja kohtia neuvottelumenettelyistä, jolloin neuvottelumenettelyn tai kilpailullisen neuvottelumenettelyn kulkua sääteleviä HankL 35 ja 37 §:ää ei tarvitse ottaa kokonaisuudessaan huomioon. Hankintayksikön tulee kuitenkin kuvata käytettävä hankintamenettely HankL 109 §:n mukaan hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä riittävän tarkasti. Käytettävän menettelyn tulee myös aina olla HankL 3 §:n periaatteiden mukainen.

Neuvottelumenettelyjen voidaan alkujaan katsoa luodun vastaamaan hankintayksiköiden tarvetta saada käyttöönsä parhaat mahdolliset välineet, joilla yksityisen sektorin toimijoista saadaan mahdollisimman suuri hyöty irti julkisten varojen tehokkaaseen hyödyntämiseen liittyen. Julkiset tarpeet voidaankin tyydyttää entistä kokonaistaloudellisesti edullisemmin. Hankintalainsäädännön kokonaisuudistuksessa lainsäätaja pyrki joustavoittamaan menetelmien käyttöä siten, että ne olisivat aiempaa useammin käytettävissä, jolloin niitä on mahdollista hyödyntää aiempaa useammin. Taustalla olikin juuri julkisten hankintojen monimutkaistuminen niin itse hankintojen ominaisuuksien osalta, mutta myös erinäisten hankintayksikköihin ja tarjoajiin liittyvien järjestelyjen osalta.

Tähän lainsäädännön joustavuuskehitykseen sisältyy kuitenkin ongelmia. Käyttöedellytyksiin sisältyvä tulkinnanvaraisuus on edelleen ongelma, jota hankintayksiköt joutuvat pohtimaan sopivaa menetelmää harkitessaan erityisesti EU-hankintojen tapauksessa. Hankintalain sanamuotojen erotessa paikoitellen suurestikin HE 108/2016 vp muodoista, altistaa se väistämättä joissain tapauksissa osapuolten välisiin tulkintaeroihin. Lainsäätäjän tarjoama lisäjoustavuus tarkoittaa myös sitä, että hankintalainsäädännön tulkinnassa vastuuta vieritetään entistä enemmän hankintayksiköille itselleen, jolloin niiden hankintalainsäädännön yleinen asiantuntemuksen määrä korostuu entisestään. Joustavuuden etuja ei myöskään päästä hyödyntämään täysimääräisesti, jos hankintayksikön asiantuntemus hankintalainsäädännöstä tai itse tuotteeseen liittyen on vajavaista. Lisäksi joustavammat käyttöedellytykset luovat mahdollisuuksia erinäisille väärinkäytöksille.

Neuvottelumenettelyt itsessään ovat profiloituneet monimutkaisissa hankintakokonaisuuksissa hyödynnettäviksi hankintamenettelyiksi. Menettelyjen etuina on siinä käytävä asianosaisten välinen dialogi, jolla monimutkaisiin kokonaisuuksiin on helpompi pureutua yhdessä tarjoaja-osapuolten kanssa. Tämä käytävä dialogi mahdollistaa myös tarjousten muokkaamisen vastaamaan paremmin hankintayksiköiden tarpeita myös itse hankintamenettelyn aikana. Huomattava kuitenkin on, ettei itse neuvottelujen sisällöstä säädetä lainsäädännössä mitään, jolloin on hankintayksikön itsensä vastuulla, millaiset neuvottelut se järjestää tarjoajien välillä. Näinollen myös menetelmästä saatava hyöty eroaa eri tavalla hankintaprosessien välillä.

Varsinaiset julkisiin hankintoihin liittyvät oikeustapaukset voidaan jakaa suunnitteluvaiheen aikana syntyneisiin ongelmallisuuksiin sekä itse menettelyn aikaisiin. Suunnitteluvaiheen ongelmallisuudet liittyvät usein puutteellisesti hankittuun tietouteen markkinoista ja tämän hei-

kon tietouden perusteella rakennettuihin hankintailmoituksiin taikka tarjouspyyntöihin. Hankintayksiköt ovat nähneet kattavan suunnitteluvaiheen toteuttamisena uhkana sen, että HankL 3 §:n mukaisia periaatteita rikotaan. Myös menettelyn aikana ilmenevät ongelmat voivat ilmetä tarjoajien kohtelussa, joka rikkoo HankL 3 §:n mukaisia periaatteita. Periaatteita voidaan helposti rikkoa varsinkin liittyen vertailuperusteiden pisteyttämiseen sekä tarjoajaehdokkaiden kilpailutuksesta pudottamisen yhteydessä.

Keskeisenä huomiona tutkielmassa nostettiin hankintalainsäädännön tulkintaongelmat. Sidoryhmien toivoessa joustavuutta, tulisi lainsäätäjän punnita tarkkaan sen lopullisia hyötyjä. On toki selvää, että joustavammat menetelmät laskevat esimerkiksi hallinnollisten rasitteiden määrää, mutta toisaalta liian suuren harkintavallan mahdollistaminen voi lopulta alkaa kääntyä itseään vastaan. Kun hankintayksiköille jätetään itselleen vastuuksi toteuttaa hankintaprosessi oikein laissa ylimalkaisesti määriteltujen suuntaviivojen mukaan, eivät ne voi tukeutua tarkasti säädettyihin säädöksiin ja niistä saatavaan ohjausvaikutukseen. Ottaen lisäksi huomioon sen, että hankintayksiköiden lainsäädännöllinen osaaminen on hyvinkin kirjavaa, voivat entistä enemmän tulkinnanvaraa sisältämät säädökset aiheuttaa näille lisää ongelmia julkisten hankintojen toteutuksessa.

Vajavainen asiantuntemus hankintalainsäädännön neuvottelumenettelyjä koskevista säädöksistä voi myös vaikuttaa hankintayksikön hankintamenettelyn valintaan. Hankintayksikkö voi tiedostaa hankintaprosessin alussa riskin tapauksen riitautumiselle, jolloin se voi valita mahdollisimman tutun sekä yksinkertaisen hankintamenettelyn, jolla se pyrkii minimoimaan tapaukseen liittyvät oikeudelliset riskit. Tämä valinta voidaan myös tehdä siitäkin huolimatta, ettei yksinkertainen ja suoraviivainen menettely tuottaisikaan kaikista vaihtoehdoista hinta-laatusuhteeltaan parasta tarjousta. Kuitenkin mahdollinen oikeustapaus aiheeseen liittyen voi toimia eräänlaisena toimintaa ohjaavana tekijänä, sillä hankintayksiköt haluavat todennäköisesti välttää asian tuomioistuinkäsittelyn.

Itse hankinta-asioita koskevien oikeustapausten määrään liittyen kuitenkin on selvää, että hankintalainsäädäntö aiheuttanee myös jatkossa ongelmia siihen sisältyvistä tulkinnanvaraisuuksista johtuen. Oikeustapausten määrässä ei olekaan nähtävissä dramaattista laskua uuden lain myötä, sillä se pitää edelleen sisällään monia monitulkintaisia säädöksiä, jotka aiheuttanevat jatkossakin erimielisyyksiä osapuolten välille. Kuitenkin hankintalainsäädäntöön liittyvän lisäkoulutuksen järjestäminen niin hankintayksiköille kuin myös yksityisen sektorin tarjoajille voisi toimia ensisijaisena ratkaisuna oikeustapausten määrän hillitsemiselle.

Lainsäädännön tavoitteisiin liittyy myös olennaisesti kysymys siitä, kannustaako nykylain säädäntö käyttämään itse neuvottelumenettelyjä. Nähdäkseni kyllä, sillä lainsäädäntö ei aseta varsinkaan kansallisissa hankinnoissa rajoituksia niiden käytölle. Myöskin EU-hankintojen kohdalla vaaditut käytön edellytykset ovat relevantteja, sillä niiden voidaan katsoa rajaavan neuvottelumenettelyt ulos hankintayksikön työkalupakista silloin, kun niiden käyttäminen olisi epäjohdonmukaista. Tämä siksi, että neuvotteluista saatavat hyödyt esimerkiksi tavanomaisen hyllytavarankannassa eivät ole riittäviä. Lainsäädäntö kannustaa neuvottelumenettelyjen käyttöön myös siksi, että avoimeen ja rajoitettuun menettelmään liittyvä säännöstely rajoittaa varsinkin niissä käytävän vuoropuhelun määrää. Koska vuoropuhelun merkitys nousee jatkuvasti monimutkaistuvien hankintojen myötä siten, että se on joissakin hankintakokonaisuuksissa välttämätöntä, ei avoimella tai rajoitetulla menettelyllä ole mahdollista päästä haluttuun lopputulokseen. Myöskin joustavampana menettelynä nähty innovaatiokumppanuus voi hankintayksiköistä tuntua liian riskialttiilta sekä osin perusteettomanakin hankittavasta kokonaisuudesta riippuen, jolloin neuvottelumenettelyjen käyttö on viisain ratkaisu.

Ongelmaksi neuvottelumenettelyihin liittyen on muodostunut varsinkin halvimman hinnan käyttäminen hankintapäätöksen ratkaisevana tekijänä kokonaistaloudellisen edullisuuden sijaan. Lainsäädännön joustavuudesta johtuen hankintayksiköitä ei velvoiteta kuin muodollisesti perustelemaan halvimman hinnan käyttäminen hankinnoissa, eikä tämä kehitys ole varsinkaan HankL 2 §:n mukaisten tavoitteiden mukaista, joissa korostetaan hankintojen laadullisten seikkojen painoarvoa hankintapäätöstä tehdessä. Tähän liittyen lainsäätäjät joutuukin jatkossa pohtimaan ratkaisuja, joilla hankintayksiköt saataisiin ottamaan laatutekijät entistä enemmän huomioon. Yksi ratkaisu olisi lainsäädännön velvoittavuuden lisääminen tältä osin, joskin tällaiset erinäiset toiminnan velvoitteet nostavat suoraan hallinnollisten rasitteiden määrää.

Hankintayksiköiden näkökulmasta tulevaisuuden kehitystä voidaan katsoa siten, että hankittavat kokonaisuudet tulevat todennäköisesti monimutkaistumaan entisestään varsinkin itse tuotteiden osalta. Teknologian kehittyessä entisestään, aletaan sitä hyödyntää entistä enemmän myös muiden alojen tuotteissa sekä palveluissa. Jatkossa joudutaankin panostamaan myös entistä enemmän myös hankintayksiköiden hankittavien tuotteiden ja palveluiden ominaisuuksiin liittyvään tekniseen osaamiseen. Tutkielmassa havaitun vuoropuhelun merkitys tulee kasvamassa tulevaisuudessa entisestään, sillä hankintayksikkö pystyy paikkaamaan omaa asiantuntemustaan käymällä teknistä vuoropuhelua toimittajien kanssa. Myös yhteiskunnallisten ongelmien vaikutus julkisissa hankinnoissa kasvanee tulevaisuudessa, sillä ikääntyvä väestö sekä

ilmastonmuutokseen liittyvät seikat ovat päivä päivältä enemmän hankintatoimintaan vaikuttavia ongelmakokonaisuuksia.

Viimeisenä erityisenä kysymyksenä tutkimuksessa voidaan pohtia sitä, onko hankintalainsäädäntö onnistunutta nykymuodossaan. Yksiselitteistä vastausta kysymykseen on mahdotonta antaa johtuen sektorin moniulotteisuudesta sekä monimutkaisuudesta. Aihepiirin parissa työskentelee hyvin laaja ryhmä erilaisia organisaatioita sekä ihmisiä, joiden toimintaa ohjaavat omanlaisensa motivaatiotekijät. Mielipide lainsäädännön onnistumisesta voikin vaihdella näkökulmasta riippuen. Pääpiirteiltään uusi hankintalaki kuitenkin on nähdäkseni lainsäädännöllisistä näkökulmista onnistunut, sillä se pitää sisällään riittävän tarkkaa sääntelyä keskeisesti toimintaa määrittävistä aiheista, samalla kuitenkin jättäen myös hankintayksikölle itselleen mahdollisuuksia soveltaa sitä itse, siten kuin se kokee sen tarkoituksenmukaisena. Selkeimpänä ongelmana tutkielmassa havaittiinkin esimerkiksi ristiriitoja hankintalain esitöiden sekä itse laissa käytettyjen sanamuotojen välillä. Tätä voidaan nähdäkseni pitää epäonnistumisena lainsäädännön selkeyden suhteen, sillä esitöiden merkitys on hankintalainsäädännössä korostunut. Myös esimerkiksi halvimman hinnan käyttäminen tarjouksen valinnassa on edelleen liian yksinkertaista, jolloin esimerkiksi lain 2 §:n mukaisten tavoitteiden täysimääräinen huomioonottaminen ei toteudu.

Olennaista lainsäädännön onnistumiskeskustelussa on kuitenkin se, ettei lakia pidetä missään vaiheessa absoluuttisesti onnistuneena. Lakia on syytä tarkastella aika ajoin kriittisesti, yhteiskunnan muutokset ja dynaamisuus huomion ottaen, eikä sitä tule missään vaiheessa pitää täysin onnistuneena. Tästä syystä neuvottelumenettelyjen, samoin kuin julkisten hankintojen yleiselle tutkimukselle on jatkossakin tarvetta, sillä riippumattomasti muodostettu tieto pystyy osoittamaan lainsäädännössä tulevaisuudessa muodostuvat epäkohdat. Tässä tutkielmassa esiin nousseista seikoista tutkimusta voisi viedä eteenpäin erityisesti kolmesta eri lähtökohdasta. Ensimmäiseksi hankintalainsäädännön joustavuuskehitykseen liittyviä positiivisia ja negatiivisia vaikutuksia olisi syytä tarkastella tarkemmin esimerkiksi case-tutkimusmaisella tutkimusotteella, jolloin esimerkiksi kuntien erilaiset lähtökohdat hankintatoimintaan kävisivät ilmi. Myös neuvottelumenettelyjen sekä innovaatiokumppanuuden tarkemmalle vertailulle olisi paikkansa, kun ne asetetaan entisestään monimutkaistuvien julkisten hankintojen kontekstiin. Tällöin menetelmien erilaisiin vahvuuksiin ja heikkouksiin voitaisiin kiinnittää tarkempaa huomiota. Viimeiseksi hankintasektorin merkitystä olisi syytä tarkastella lähemmin osana sen yhteiskunnal-

lista ulottuvuutta. Tämä siksi, että vuoden 2017 alusta voimaan astuneessa hankintalaissa ilmaistujen tavoitteiden vaikutuksia ja niissä onnistumista pystytään myöhemmin arvioimaan tarkemmin.